

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international
relatif aux droits économiques, sociaux et culturels:
prélude à une vision unifiée des droits de l'Homme ?

MÉMOIRE

PRÉSENTÉ COMME EXIGENCE PARTIELLE DE LA MAÎTRISE EN DROIT
INTERNATIONAL

VINCENT VALAÏ

OCTOBRE 2011

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

REMERCIEMENTS

La présente réflexion n'aurait pu être achevée sans les conseils et commentaires précieux du Pr. Peter Leuprecht. Il a toujours trouvé le temps pour me guider et me conseiller dans ma démarche.

Mes remerciements vont également aux professeurs Hélène Piquet, Daniel Mockle et Pierre Bosset pour leurs conseils et commentaires précieux.

Je tiens également à remercier le Pr. François Roch qui m'a fait part de ses commentaires constructifs dans l'élaboration du projet de mémoire, et le Pr. Rémi Bachand qui a eu l'obligeance de me suggérer plusieurs pistes de recherche.

Enfin cette liste ne sera complète sans remercier ma collègue, Mme. Haddad qui a généreusement passé du temps à lire les différents jets du présent travail. Par ailleurs je n'aurais jamais eu la force de mener ce travail sans le soutien de ma famille et sans la patience de mon épouse Sara qui a donné naissance à notre fils Arshawn pendant la rédaction du présent mémoire.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	i
LISTE DES ABÉVIATIONS.....	vi
RÉSUMÉ.....	vii
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I	
LA SYMPHONIE INACHEVÉE DES MÉCANISMES DE PRETECTION DES DROITS FONDAMENTAUX ET LA RENAISSANCE DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS.....	7
1.1. Le schisme idéologique.....	12
1.2. Les enjeux liés à la nature des droits économiques, sociaux et culturels.....	18
1.2.1 La controverse entourant la nature des droits économiques, sociaux et culturels.....	18
1.2.2 Les défis liés à la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels.....	26
1.3. La genèse du nouveau Protocole facultatif au PIDESC.....	34
CHAPITRE II	
LA NÉCESSITÉ D'UN MÉCANISME DE RECOURS POUR LES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS	40
2.1- L'universalité, l'indivisibilité, et l'interdépendance des droits de l'Homme.....	49
2.1.1 L'indivisibilité, l'interdépendance et l'indissociabilité des droits de l'Homme.....	49

2.1.2 L'universalité des droits de l'Homme et ses ambiguïtés?.....	54
2.2- La contribution et les leçons des instruments internationaux, régionaux et nationaux de protection des droits de la personne.....	59
2.2.1 La contribution du Comité des droits de l'Homme.....	61
2.2.2 Les approches à la carte : l'expérience européenne et interaméricaine.....	65
2.2.2.1. L'expérience européenne	65
2.2.2.2 Le régime interaméricain de protection des DESC.....	69
2.2.3 Les approches nationales : les modèles sud-africain et indien.....	74
CHAPITRE III	
LES MODALITÉS ET L'UTILITÉ DU MÉCANISME OFFERT PAR LE PROTOCOLE : VERS UN "SUPER PROTOCOLE " ?.....	81
3.1. Les modalités du nouveau protocole.....	82
3.1.1 Les étapes préliminaires.....	82
3.1.2 Le déroulement de l'enquête.....	91
3.1.3 Le suivi des constatations du Comité.....	97
3.2. L'utilité du recours et les nouveaux défis	101

3.2.1 L'utilité du recours pour les victimes des droits économiques, sociaux et culturels.....	101
3.2.2 Les défis juridiques et politiques des États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.....	104
CONCLUSION.....	108
BIBLIOGRAPHIE.....	114

LISTE DES ABRÉVIATIONS

C.E.D.H	Commission européenne des droits de l'Homme
C.I.D.H.	Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme
C.S.E.	Charte sociale européenne
D.C.P.	Droits civils et politiques
D.E.S.C.	Droits économiques, sociaux et culturels
O.N.U.	Organisation des Nations Unies
P.D.C.P.	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
P.I.D.E.S.C.	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
P.F.-P.I.D.C.P.	Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques
P.F.-P.I.D.E.S.C.	Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

RÉSUMÉ

L'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le 10 décembre 2008, a marqué une étape importante dans la protection des droits fondamentaux. En effet, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels adopté en 1966, suivant la séparation des droits fondamentaux en deux Pactes, était devenu le seul instrument de protection des droits de l'Homme du système onusien, ne disposant pas d'une procédure de plainte pour les particuliers et les groupes.

La perspective historique démontre que les débats entourant la décision d'adopter deux Pactes étaient teintés par le clivage idéologique de l'après-guerre, et que la conséquence était un développement asymétrique des DESC et des DCP.

Les controverses et défis liés à la nature des DESC n'ont pu cependant empêcher la renaissance des DESC et l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

La notion d'interdépendance, d'indivisibilité des droits de l'Homme, ainsi que l'émergence de la jurisprudence internationale, régionale, et nationale sur les DESC ont permis un débat plus constructif tout en contribuant à écarter certains préjugés et critiques envers les DESC.

La présente étude tend à démontrer que l'adoption du nouveau protocole est une contribution à la protection des DESC et une reconnaissance de leur justiciabilité. Cette analyse montre également que malgré les faiblesses de certaines dispositions du PF-PIDESC, teintées par les compromis politiques, la simple possibilité d'un recours utile pour les victimes des violations des DESC, constitue une avancée pour les droits humains.

La présente réflexion vise à démontrer que malgré les limites du droit international, le nouveau Protocole pourra constituer le prélude à une véritable vision unifiée des droits humains, et devenir le catalyseur d'une mise en œuvre effective des DESC.

Mots-clés : Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Pacte international relatif aux droits économiques sociaux, droits humains, Comité des droits économiques sociaux et culturels, droits humains.

Introduction

L'Assemblée générale des Nations Unies marqua le soixantième anniversaire de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme par l'annonce de l'adoption unanime du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels¹. Raymond Wolfe, assumant alors la présidence de la 66ème séance plénière de l'Assemblée générale, souligna que cette adoption rendait justice aux objectifs des fondateurs de l'Organisation des Nations Unies, « qui étaient de permettre à tous de vivre à l'abri du besoin et vivre à l'abri de la peur »².

Cette adoption était faite sur recommandation du Conseil des droits de l'Homme³, qui avait reçu le rapport du Groupe de travail⁴ chargé de l'élaboration du projet de protocole facultatif au PIDESC. Cette annonce était d'autant plus importante que l'Assemblée générale des Nations Unies avait demandé il y a presque soixante ans, à la Commission des droits de l'Homme de rédiger deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'un portant sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels⁵, scindant *de facto* les droits fondamentaux. Pendant des décennies les victimes des violations présumées des DESC n'avaient pas à l'instar des victimes des droits civils et politiques⁶, un mécanisme contraignant permettant d'assurer leur effectivité.

¹ Doc off AG NU, 63^e sess, 66^e séance, Doc NU A/63/PV.66, (2008)1.

² Doc off AG NU, 63^e sess, 65^e séance, Doc NU A/63/PV.65, (2008).

³ Doc off Conseil des droits de l'Homme NU, 8^e sess, 28^e séance, A/HRC/RES/8/2, (2008).

⁴ *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée sur un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sur les travaux de sa cinquième session*, Doc Off CDH NU, 8^e sess, DOC NU A/HRC/8/7 (2008).

⁵ *Rédaction de deux projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Rés AG 543 (VI), Doc off AG NU, 6^e sess, supp n° 9 (1952).

⁶ Les victimes des violations des DCP pouvaient déposer une communication en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entré en vigueur : le 23 mars 1976).

Les clivages politiques au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et les préjugés envers les DESC peuvent expliquer la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies d'adopter la résolution 543 (VI) en 1952. Ladite résolution a eu pour conséquence de transformer les DESC en un parent pauvre de la famille des droits humains.

Après la traversée d'un long chemin sinueux, des décennies de débat et de tergiversations, l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, constituait donc une étape nécessaire dans la protection effective des droits humains.

En effet le besoin de reconnaître l'importance des DESC et d'assurer leur effectivité était et reste criant. En dépit des avancées notables dans le domaine des droits humains depuis l'adoption de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme, notamment la décolonisation ou la fin de l'apartheid, le nombre des victimes des violations des DESC n'a cessé de croître.

De nos jours, plus d'un milliard d'êtres humains sont gravement sous-alimentés⁷, plus d'un milliard de personnes sont entassés dans des bidonvilles ou des *favelas* et souvent expulsés de force de leurs foyers⁸. Plus de 24 millions d'enfants n'ont pas droit aux

⁷ Voir Jean Ziegler, « Le massacre de la faim se déroule dans une normalité glacée », *L'Humanité* (5 février 2011), en ligne : <<http://lulupo.blog.lemonde.fr/category/faimpauvrete/faim/malnutrition/>>.

Ziegler souligne d'ailleurs dans cet article : « Parmi tous les droits humains, le droit à l'alimentation est celui qui est le plus cyniquement, le plus brutalement violé aujourd'hui. ».

Voir également les Objectifs du Millénaire pour le développement (OMD) en ligne : un.org
< <http://www.un.org/fr/millenniumgoals/reports.shtml> >.

⁸ Voir Brian May, « Bidonvilles et droit au logement » (26 mai 2009), en ligne : [amnestyinternational.be
<www.amnestyinternational.be/doc/les-campagnes-permanentes/campagne-dignite/article/bidonvilles-et-droit-au-logement>](http://www.amnestyinternational.be/doc/les-campagnes-permanentes/campagne-dignite/article/bidonvilles-et-droit-au-logement).

vaccins essentiels⁹, plus de 885 millions de personnes boivent de l'eau non potable¹⁰, 2.8 milliards de personnes vivent avec moins de deux dollars par jours¹¹, 9 millions d'hectares de forêt sont perdus chaque année¹². On peut ajouter d'autres chiffres vertigineux à ce tragique bilan des DESC dans le monde, mais force est de constater qu'il y a une nécessité d'agir et une urgence de prendre les mesures pour redonner un peu de dignité aux laissés pour compte de nos sociétés.

Cette nécessité d'agir s'impose d'autant plus dans un monde dominé par la mondialisation néolibérale¹³ peu préoccupé par les affres de « l'apartheid social qui accable les plus démunis de la société »¹⁴.

⁹ Voir Association Humanium, « Droit à la Santé dans le Monde Situation du droit à la santé des enfants dans le monde » en ligne [droits-enfant.org <http://www.droits-enfant.org/situation-monde/droit-a-la-sante/>](http://www.droits-enfant.org/situation-monde/droit-a-la-sante/)

¹⁰ May, *supra* note 8.

¹¹ D'Escoto, *supra* note 2.

¹² *Ibid*

¹³ Comme le souligne Malik Özden en ce qui a trait aux recettes néolibérales :

Ces politiques génèrent des inégalités et rendent impossible la jouissance du droit à l'éducation, à la santé, à la sécurité sociale, à la culture, etc. dans la mesure où ces domaines sont soumis à une marchandisation croissante et systématique.

Malik Özden, « Mondialisation et droits économiques, sociaux et culturels : le rôle de l'ONU », (16 juillet 2002), en ligne : worldcivilsociety.org < www.worldcivilsociety.org/documents/16.22_ozden_malik.doc>, à la page 6.

Chomsky souligne d'ailleurs au sujet des chantres du néolibéralisme qui formulent les politiques économiques: « (...) masters of the private economy, mainly huge corporations that control much of the international economy and have the means to dominate policy formation as well as the structuring of thought and opinions ».

Noam Chomsky, *Profit over people: neoliberalism and Globe Order*, New York, Seven Stories Press, 1999 à la page 20.

Mentionnons également les propos du rapporteur spécial El Hadji Guissé sur l'impact des programmes d'ajustement structurel dans certains pays :

L'adoption du nouveau protocole facultatif au PIDESC, est un pas vers cette nécessité d'agir en assurant l'effectivité des DESC. Cela étant précisé, on peut se questionner sur l'apport du nouveau protocole sur les DESC mais également sur les autres droits de l'Homme. Un tel protocole peut-il contribuer à une réalisation effective des droits de l'Homme ? Pourra-t-il contribuer plus concrètement, comme plusieurs l'affirment, à la reconnaissance de la thèse de l'indivisibilité de tous les droits humains ? Le mécanisme de plainte peut-il devenir un outil effectif de protection contre les violations des DESC ?

Par ailleurs, si on estime que le nouveau protocole était la pièce manquante du système international de protection des droits de l'Homme, le Protocole facultatif au PIDESC est-il le prélude d'un système unifié des droits humains ?

Notre sujet de réflexion et la problématique qu'elle soulève visent notamment à mieux comprendre, et identifier les failles et lacunes du système de protection international des droits de l'Homme. Nous tenterons de démontrer que l'entrée en vigueur du nouveau protocole facultatif pourra devenir le catalyseur d'un système unifié des droits de la personne, tout en clarifiant les obligations des États à l'égard des droits économiques, sociaux et culturels.

Ces programmes d'ajustement structurel ont imposé d'énormes souffrances tant inhumaines que contre-productives aux populations défavorisées des pays débiteurs. Ces méthodes de gestion des pénuries, aggravant de manière progressive la situation de pauvreté absolue dans laquelle se trouvent ces populations, ont été imposées par les pays débiteurs avec la complicité des institutions monétaires internationales dans un cadre fictif de négociation où les créanciers ont le pouvoir d'imposer leur loi.

El Hadji Guissé, *Rapport final sur la question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme, (droits économiques, sociaux et culturels)*, Doc off CES NU, 49^e sess, DOC NU E/CN.4/Sub.2/1997/8 (1997) 3 à la p 115.

¹⁴ Robert Badinter, « Les défis lancés aux droits de l'homme » (décembre 1998), en ligne: [fede.org](http://www.fede.org/files/Europe/UDH/01-badinter.pdf) < <http://www.fede.org/files/Europe/UDH/01-badinter.pdf> >.

En extrapolant à partir de l'expérience du protocole relatif aux PIDCP, nous pourrions identifier certains obstacles potentiels, et anticiper la trajectoire que devrait prendre le Comité des droits économiques sociaux et culturels, afin de contribuer à poser les piliers fondamentaux d'un mécanisme de protection utile et effectif de tous les droits humains.

Pour mener cette réflexion, nous tenterons dans une première partie de comprendre comment les DESC ont été mis à l'écart des droits humains. La perspective historique nous démontrera comment le schisme idéologique de l'après-guerre a créé une politisation des droits humains et a réussi à fragmenter les droits fondamentaux tout en happant les espoirs nés au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

On se questionnera également sur les enjeux et les controverses liés à la nature des DESC, notamment leur "justiciabilité", et tenterons de comprendre si les obligations imposées aux États sont aujourd'hui suffisamment définies afin de permettre une adjudication. Nous nous demanderons si une adjudication des DESC pourra à elle seule contribuer à éclairer les obligations des États?

Nous nous intéresserons ensuite à la renaissance des DESC dont l'un des résultats est l'adoption du nouveau Protocole au PIDESC, 60 ans après l'adoption de la DUDH.

Le second volet de notre réflexion traitera de la nécessité de l'existence d'un mécanisme de recours individuels pour les droits économiques, sociaux et culturels. Pour ce faire nous utiliserons l'éclairage des nouvelles approches critiques du droit international afin de poser un regard critique sur la thèse de l'indivisibilité, d'interdépendance, et d'indissociabilité des droits de l'Homme mais également sur les ambiguïtés liées à l'universalité des droits de l'Homme. Cette critique nous permettra de mieux comprendre les limites et les dérives du droit international de la personne.

Nous proposons dans le cadre de cette seconde partie, un voyage à travers les expériences des instruments internationaux, régionaux et nationaux de protection des droits de la personne. Ce voyage nous donnera un aperçu des défis des victimes et des approches innovatrices pour invoquer les violations des DESC devant différents forums judiciaires

et quasi judiciaires. Nous nous demanderons si à la lumière de la jurisprudence développée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, par le Comité européen des droits sociaux, ou par des tribunaux nationaux, on peut encore douter de la justiciabilité des DESC au niveau international ?

Nous nous intéresserons dans le dernier volet de notre étude aux modalités du mécanisme offert par le Protocole. Nous tenterons de comprendre les défis imposés aux victimes et aux ONG désirant déposer des plaintes contre les États parties. Peuvent-elles saisir facilement le Comité ? Quels obstacles juridiques devront-ils franchir, afin de faire valoir leurs droits devant ce forum ? Faut-il s'inquiéter des critères dans le cadre de l'examen des communications, notamment la détermination du caractère approprié des mesures prises par l'État partie (article 8(4) du PF-PIDESC) ? Est-ce que les motifs d'irrecevabilité et les balises de l'examen des communications sont trop sévères et constituent un obstacle à la saisine du Comité ? Est-ce que la procédure adoptée dénote des faiblesses, rendant illusoire toute réalisation effective des droits protégés ?

Les forces et faiblesses du PF-PIDESC nous permettront d'anticiper l'utilité du recours pour les victimes, et de comprendre les défis juridico-politiques et les préoccupations des États parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, face aux conséquences de la ratification ou de la non-ratification du Protocole.

Chapitre I

La symphonie inachevée des mécanismes de protection des droits fondamentaux et la renaissance des droits économiques, sociaux et culturels

Le 6 janvier 1941, en plein cœur de la Seconde Guerre mondiale, le président américain Franklin Roosevelt prononce devant le Congrès américain, le discours sur l'État de l'Union, et partage sa vision d'un monde fondé sur quatre libertés : de parole, d'expression, de culte, et d'affranchissement du besoin et de la peur¹⁵.

Notons que certains auteurs comme Evans et Kirkup apportent un autre éclairage au discours de Roosevelt :

However, Roosevelt's careful wording points to something less than acknowledging freedom from want as a human right. For Roosevelt, freedom from want is delivered by creating an inclusive global economic system within which states might develop their economies.(...) In a less quoted passage, Roosevelt suggests that the failure to establish his four freedoms would prejudice "good business," suggesting that the real reason for proposing the four freedoms was to support the future *laissez-faire* global economy dominated by US business and finance.[notes omises]¹⁶

Quelques mois plus tard, le 14 août 1941, Roosevelt et Churchill, se posant en architectes d'un nouvel ordre moral mondial, adoptent une déclaration de principes, la Charte

¹⁵ Franklin Roosevelt, Annual Message to Congress on the State of the Union, présenté au Congrès des États-Unis d'Amérique, (6 Janvier 1941) en ligne:
<<http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=16092>>.

Ce discours n'est pas sans rappeler le discours du président américain Thomas Woodrow Wilson, du 8 Janvier 1918, *Wilson's fourteen points*, qui précisa, quelques mois avant la fin de la première guerre mondiale, les contours d'un nouvel ordre mondial.

¹⁶ Alex Kirkup et Tony Evans, « The Myth of Western Opposition to Economic, Social, and Cultural Rights? A Reply to Whelan and Donnelly » (2009) Hum Rts Q 31, à la page 226.

Atlantique, qui formule les vœux d'un monde où les Hommes puissent vivre affranchis de la peur et du besoin¹⁷.

Cette vision, partagée par plusieurs autres pays, a influencé les débats qui ont mené, au lendemain de la seconde guerre mondiale, à l'adoption de la Charte des Nations Unies en 1945, et à la Déclaration universelle des droits de l'Homme (DUDH) en 1948¹⁸, qualifiée par René Cassin comme la plus vigoureuse et la plus nécessaire des protestations de l'humanité contre l'oppression¹⁹.

Cependant pour éviter que ces déclarations ne restent des vœux pieux et des protestations dans un monde encore meurtri par les horreurs de la Seconde Guerre mondiale, il était nécessaire d'assurer le respect effectif des droits de l'Homme. Afin de garantir la jouissance des droits de l'Homme, il fallait donc adopter une procédure de mise en œuvre

¹⁷ Voir la Charte de l'Atlantique du 14 Août 1941, qui précisait notamment aux points 5 et 6:

Fifth, the desire to bring about the fullest collaboration between all nations in the economic field with the object of securing, for all, improved labor standards, economic advancement and social security.

Sixth, after the final destruction of the Nazi tyranny, they hope to see established a peace which will afford to all nations the means of dwelling in safety within their own boundaries, and which will afford assurance that all the men in all the lands may live out their lives in freedom from fear and want (...);

Charte de l'Atlantique (14 août 1941), en ligne : <http://usinfo.org/docs/democracy/53.htm>.

¹⁸ Voir Louise Arbour :

stimulée par le pouvoir de l'idée des "quatre libertés", l'inclusion, dans la Déclaration, d'une large palette de droits humains, a été tacitement obtenue et convenue à l'avance. Le spectre de la Deuxième Guerre Mondiale restait très présent, bien sûr, et exerçait une influence sur l'élaboration de tous les droits, y inclus ceux de type "socio- économique"

Louise Arbour, " Libérer du besoin : de la charité à la justice ", Conférence Lafontaine- Baldwin 05, présenté à Québec, 3 mars 2005 [non publiée] en ligne: http://parolecitoyenne.org/extraits/media/lecture_arbour_fr.pdf.

¹⁹ Voir les débats lors de la 3^{ème} session de l'Assemblée générale des Nations Unies, 180e séance plénière, le 9 décembre 1948 à la page 864.

des droits fondamentaux²⁰. Le Conseil Économique et Social a ainsi, conformément à la Charte des Nations Unies²¹, créée le 16 février 1946, la Commission des droits de l'Homme, dont la mission était notamment de *préparer un projet de déclaration des droits et libertés fondamentaux de l'Homme, un projet de Convention internationale pour l'application des droits et libertés et d'étudier une procédure de mise en œuvre de ces deux instruments*²².

Après quelques années de débats, l'Assemblée générale des Nations Unies avait adopté par une grande majorité l'importante résolution 421(V)²³, en ce qui à trait aux travaux futurs de la Commission des droits de l'Homme sur le projet de Pacte relatif aux droits de l'Homme, et les mesures de mise en œuvre. Malgré les questionnements de la Commission des droits de l'Homme au sujet des DESC dans le cadre du projet de Pacte²⁴, la résolution 421 (V) souligna sans ambiguïté que l'idéal de l'Homme libre

²⁰ Par sa résolution 9 (II) du 21 juin 1946, le Conseil Économique et Social a invité la Commission des droits de l'Homme, à soumettre « *des propositions relatives aux moyens d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

Secrétaire général, *Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Doc Off AG NU, 10^e sess, Doc NU A/2929 (1955) par. 1.

²¹ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n° 7, Article 68.

²² *Projet de Déclaration internationale des droits de l'homme*, Doc off AG NU, 3^e sess, Doc NU A/777 (1948) 1 par. 1.

Notons que dans sa résolution 217 (III) , l'Assemblée Générale a souligné, l'importance du droit de pétition, le qualifiant de l'un des droits essentiels de l'homme.

²³ *Projet de pacte international relatif aux droits de l'homme et mesures de mise en œuvre : travaux futurs de la Commission de droits de l'homme*, Rés AG 421 (V), Doc Off AG NU, (1950).

Résolution adoptée par 35 voix pour, 9 contre, et 7 abstentions.

²⁴ *Rapport de la Cinquième session*, Doc Off CES NU, 1949, supp n° 10, Doc NU E/1371.

La Commission des droits de l'Homme avait souligné à la page 16 de cette résolution, malgré le fait qu'il reconnaissait l'importance de garantir à chacun la jouissance des DESC (énoncés aux articles 22 à 27 de la DUDH) :

Prie le Conseil économique et social de demander au Secrétaire général de préparer, avant la prochaine session de la Commission des

envisagé par la Déclaration des droits de l'Homme ne pouvait être atteint sans la jouissance des droits économiques et sociaux, et que « *la jouissance des libertés civiles et politiques et celle des droits économiques, sociaux et culturels sont liées entre elles et se conditionnent mutuellement* »²⁵.

Mais alors que la Charte des Nations Unies²⁶ et la DUDH²⁷ reflétaient l'importance du respect des droits économiques, sociaux et culturels, et malgré l'adoption de la résolution 421 (V), le contexte politique de la guerre froide en a décidé autrement. En effet, après de longs débats, et après une invitation de l'ECOSOC²⁸ de reconsidérer la résolution 421(V),

droits de l'homme, une étude des activités des autres organes de l'Organisation des Nations Unies et des institutions spécialisées en ce qui concerne les questions ressortissant au domaine des articles 22 à 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, aux fins de permettre à la Commission de déterminer quelles décisions elle devra prendre, notamment pour l'inclusion de ces questions, soit dans le Pacte des droits de l'homme, soit dans les suivants.

²⁵ Résolution 421(V), *supra* note 22.

²⁶ L'article 55 de la Charte des Nations Unies souligne, notamment que les Nations Unies favoriseront les conditions de progrès et de développement dans l'ordre économique et social.

²⁷ La Déclaration consacre l'importance des DESC, notamment à son article 22, qui précise que toute personne est « fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité ».

Déclaration Universelle des droits de l'Homme, Rés AG 217 (III), Doc Off AG NU, 3^e session. supp n 13, Doc NU A/ 810 (1948) 71.

²⁸ Sodini précise à cet égard :

Il faut noter que, en dépit de la résolution de l'Assemblée Générale, la Commission consacra six réunions à la question de savoir si les droits économiques, sociaux et culturels devaient être inclus dans le projet de Pacte, allant même jusqu'à se demander si elle était tenue de respecter les termes d'une résolution de l'Assemblée Générale ou du Conseil économique et social. [notes omises]

Raphaël Sodini, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, Montchrestien 2001 à la page 6.

Sodini souligne également :

Il est intéressant de noter que la Commission des droits de l'Homme malgré la résolution 421 (V), estimait que la nature des DESC imposait une mise en œuvre

l'Assemblée Générale des Nations Unies est revenue sur sa décision en demandant²⁹ à la Commission des droits de l'Homme de préparer deux Pactes: le premier relatif aux droits civils et politiques et le second relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

L'adoption de deux Pactes créa une brèche dans l'édifice des droits fondamentaux en marginalisant les droits économiques, sociaux et culturels pendant plusieurs décennies. Cette division arbitraire des droits fondamentaux s'écartait clairement de l'idéal de l'unité, de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'Homme formulé par la Déclaration universelle des droits de l'Homme. Malgré les efforts pour l'adoption simultanée des deux Pactes, et des tentatives visant à souligner l'importance des DESC, un mur venait d'être érigé au sein des droits fondamentaux.

La perspective historique de l'adoption de deux Pactes relatifs aux droits de l'Homme nous permettra de mieux saisir comment le clivage politique et le schisme idéologique de l'après-guerre, et les enjeux liés à la nature même des droits économiques, sociaux et culturels, ont fragmenté et hiérarchisé les droits fondamentaux, en créant une asymétrie artificielle entre les DESC et les DCP. Les débats persistants depuis l'adoption des deux pactes nous emmèneront par ailleurs à nous intéresser aux enjeux et controverses liés à la nature des DESC et analyser les défis liés à leur justiciabilité.

C'est d'ailleurs la nature même des DESC qui, comme nous le verrons dans les débats entourant l'adoption du nouveau Protocole, a contribué à la renaissance des DESC, et à la

différente de celle prévue pour les DCP. Ainsi sans même l'accord de l'Assemblée Générale, la Commission avait commencé à créer un Pacte dans le Pacte en mettant en place un statut dérogatoire réservé aux droits dits de seconde génération. [notes omises]

Ibid à la page 7.

²⁹ Résolution 543 (VI), *supra* note 5.

Cette résolution adoptée par une faible majorité (27 voix contre 20 et 3 abstentions) soulignait notamment :

De rédiger... deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'un portant sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et Culturels, afin que l'Assemblée générale puisse approuver ces deux pactes simultanément et les ouvrir à la signature à la même date, ces deux pactes devant, pour traduire fortement l'unité du but visé et assurer le respect effectif des droits de l'homme, contenir le plus grand nombre possible de dispositions similaires.

nécessité de l'adoption d'un instrument effectif offrant un recours utile aux victimes des violations des droits économiques, sociaux et culturels.

1.1 Le schisme idéologique

Rita Hauser, la représentante américaine à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, a souligné en 1970 : « international human rights is politics; any other view is simply foolish »³⁰.

Même si on ne peut se questionner sur l'exactitude d'une telle affirmation, au risque d'avoir une vision *foolish*, il n'en demeure pas moins que le contexte particulier du lendemain de la Seconde Guerre mondiale et son lot de rivalité politique et de débats idéologiques a influencé la prise de position de beaucoup de pays quant à l'adoption de mécanismes de protection des droits fondamentaux³¹.

En effet alors que les affres des deux guerres mondiales et de la grande dépression économique de 1929, imposaient aux États de forger un ordre mondial plus soucieux des droits fondamentaux, les États semblaient plus préoccupés de remporter des victoires politiques. Les droits de l'Homme devenaient en fait une arme idéologique que les États utilisaient pour atteindre des objectifs politiques.

³⁰ Rita Hauser, « United Nations Law on Racial Discrimination » (1970) 64 Am J. Int'l L. 114, à la page 115.

³¹ Normand et Zaidi précisent d'ailleurs

The hopeful postwar vision of the new world order with human rights providing universal standards of protection of all people, irrespective of their nationality, was soon replaced by global conflict at all levels. The CHR became bitterly divided as rival states attacked each other on legal, moral and ideological grounds. At the United Nations, progress on human rights agreements ground to a halt.

Roger Normand et Sarah Zaidi, *Human Rights at the UN : The Political History of the Universal Justice*, Bloomington, Indiana University Press, 2008 à la page 198.

Dans ce contexte, que Raymond Aron qualifia de *Paix belliqueuse*³², le bloc de l'Est opta pour l'adoption d'un seul Pacte des droits de l'Homme incluant à la fois les DESC et les DCP, tandis que le bloc de l'ouest souhaita la séparation des droits fondamentaux en deux Pactes³³.

Comme l'a bien souligné Cassesse, les droits de l'Homme devinrent un outil efficace dans le cadre de la lutte politico-idéologique : « Some Western countries found that they could use human rights as a stick to beat the socialist countries with, to show up the merits of Western democracy and the demerits of the socialist system ».³⁴

Antonio Cassesse résume d'ailleurs quelques points importants de la philosophie politique de l'Ouest, de 1945 jusqu'à la fin des années 50, démontrant l'importance attachée aux droits civils et politiques et à leur mécanisme de contrôle³⁵:

³² Raymond Aron, *Une Histoire du XX^e siècle*, Anthologie, Paris, Plon, 1996.

³³ Sodini souligne d'ailleurs:

Les discussions au sein de la Commission révèlent, en effet une politisation nouvelle des droits de l'homme et une opposition radicale entre le bloc occidental, arguant la nature programmatrice des droits économiques et sociaux pour s'opposer à leur inclusion dans le projet de Pacte, et les États du Bloc de l'Est, favorables à une énonciation précise de l'ensemble de ces droits (mais cependant opposés, au nom de la souveraineté nationale à toute procédure de contrôle).

Sodini, *supra* note 28 à la page 6.

³⁴ Cassesse, A., *International Law in a Divided World*, Oxford, Oxford University Press, 1986 à la page 297.

³⁵ Nous nous questionnons cependant sur l'affirmation de Cassesse qui a souligné: « International monitoring of the application of economic and social rights-clearly a slow and gradual process- is both less feasible and perhaps of comparatively lesser importance. »

Ibid à la page 298.

En effet n'y a-t-il pas une contradiction que de croire à l'unité des droits de l'Homme et penser qu'un mécanisme de contrôle international des DESC serait de moindre importance que celui des DCP ?

Although it is not really possible to rank human rights in order of preference, civil and political rights appear to be of primary importance, especially certain rights such as freedom of thought and religion, which distinguish democracies from authoritarian states (...)

International treaties laying down obligations in the field of human rights should be as clear and precise as possible; woolly and generic terminology should be avoided, as should treaties which place too many restrictions on the freedom of individual States.

Les pays occidentaux se basaient sur la philosophie libérale classique avec la séparation de la politique et de l'économie³⁶. La pensée libérale classique considérant que les droits de l'Homme sont le droit à la vie, à la liberté, à la propriété, alors que les DESC ne sont que des aspirations morales³⁷. Placer sur un pied d'égalité les DESC et les DCP constituait d'après certains auteurs une menace idéologique aux traditions politico-juridiques de l'Ouest³⁸.

³⁶ Jhabvala précise à ce sujet :

The difference in approach adopted by the United Nations for the two Covenants on Human Rights, (...), is based on classical Western liberal philosophy with its separation of politics and economics, the former being the limited concern of the state, the latter the province of individual activity characterized by laissez-faire capitalism.

Farrokh Jhabvala, « On Human Rights and the Socio-Economic Context », (1984) 31 *Nethl Int' L Rev* 149 à la page 150.

Voir également Louise Arbour:

By contrast, Western governments were wary of this perspective, which they feared would hamper free-market practices, impose overly cumbersome financial obligations, or both. Thus, they chose to prioritize those civil and political rights that they viewed as the hallmarks of democracy.

Louise Arbour, « Human Rights Made Whole » (8 juillet 2009) en ligne: [policyinnovations.org <http://www.policyinnovations.org/ideas/commentary/data/000068>](http://www.policyinnovations.org/ideas/commentary/data/000068).

³⁷ Eibe Riedel, «Economic, Social And Cultural Rights» dans Catarina Krause et Martin Scheinin, dir, *International Protection of Human Rights: A Textbook*, Turko, Abo Akademi University Institute for Human Rights, 2009 à la page 129.

³⁸ Normand et Zaidi soulignent d'ailleurs :

Whelan et Donnelly considèrent cependant que l'opposition de l'Ouest³⁹ à l'égard des DESC est un pur mythe⁴⁰ et qualifient de révisionnistes ceux qui colportent ce mythe. Pour ces auteurs: « The West was not in any way opposed to establishing binding obligations with respect to economic and social rights »⁴¹.

Quant aux pays socialistes, ils étaient les porte-étendards des droits économiques et sociaux, mais refusaient au nom de la souveraineté nationale⁴² tout contrôle du respect

Other western states did not face such virulent domestic opposition but shared a common legal heritage derived from post-enlightenment revolutions against feudal authority. In this tradition, individual rights were conceived as protection against state, and clerical power and property rights were limited to protection of private property. They did not recognize common rights to public goods like education and health care (...) Conceding the equal value of economic and social rights at the international level, even without viable enforcement measures, posed an ideological threat to western legal and political traditions.

Normand et Zaidi, *supra* note 31 à la page 209.

³⁹ Whelan et Donnelly soulignent

We are inclined to believe that part of the explanation for the pervasiveness of the myth is a one-dimensional, anti-western (and especially anti-american) political agenda that has transformed the deep complexity of economic and social rights into an antagonistic calculus of competing sets of rights.

Daniel Whelan et Jack Donnelly, « The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime : Setting the Record Straight », (2007) 29 Hum Rts Q 908 aux pages 947-948.

⁴⁰ Whelan et Donnelly soulignent : « In fact, though, the division into two Covenants had nothing to do with western opposition to or disparagement of economic and social rights ».

Ibid à la page 927.

⁴¹ *Ibid* à la page 910.

⁴² Notons également qu'à l'égard de la souveraineté nationale, Cassin avait précisé dans le cadre de la 180^{ème} séance plénière des Nations Unies en 1948:

ce sont des arguments tirés de la souveraineté absolue des États dont se servirent les séides de Hitler en 1933, devant l'Assemblée de la Société des Nations, pour justifier leur action à l'égard de leurs propres compatriotes, et que c'est pour avoir laissé impuni le crime contre les droits de l'Homme allemand que l'on a abouti au crime suprême de la guerre universelle.

Cassin, *supra* note 18 à la 867.

des obligations étatiques. Face à la philosophie politique de l'Ouest, et sans une stratégie claire et bien rodée, le bloc de l'Est semblait cependant en minorité.⁴³

En nous intéressant de plus près aux débats lors de l'adoption des deux Pactes nous retrouvons l'argumentaire qui a persisté depuis des décennies en ce qui a trait à la nature des DESC.

Ainsi les États qui s'objectaient à l'inclusion des DESC précisait que les DCP sont des droits *absolus* inhérents à la personne humaine et constituaient les seuls droits fondamentaux, les DESC n'étant que des objectifs à atteindre plutôt que des droits à protéger (*États-Unis d'Amérique*⁴⁴), la mise en vigueur des DESC était progressive et dépendait des conditions sociaux-économiques nécessitant une action positive de l'État⁴⁵.

Pour les partisans de la rédaction de deux Pactes distincts, d'une manière générale, les DCP étaient des droits légaux⁴⁶, « les droits de l'individu » contre l'État », c'est-à-dire

⁴³ Comme le souligne Cassese: « The socialist countries, though putting up a strong resistance to the fact that so little importance was attributed to economic, social and cultural rights, were in a minority. All they could do was abstain. ».

Supra note 34 à la page 299 .

⁴⁴ Kirkup et Evans résument l'opposition américaine à l'inclusion des DESC :

Furthermore, during negotiations on the Covenant, the United States cited three arguments for excluding economic and social rights, which were first developed during the Declaration debate. The first of these was that economic and social rights were qualitatively different from civil and political rights, and should be treated as aspirations only. Second, because the duty to protect human rights rests with the state and because many states were not sufficiently developed to provide economic and social security, this class of claims was hollow. Third, while civil and political rights lent themselves to the creation of international law, this was a wholly inappropriate tool for economic and social rights. [notes omises]

Supra note 16 à la page 226.

⁴⁵ Jahbvala, *supra* note 35 aux pages 157 et 158.

⁴⁶ Comme le souligne le Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme : « On a fait observer cependant que tous les droits civils et politiques n'étaient pas des droits « légaux » dans tous les pays et territoires, de même que tous les droits économiques, sociaux et culturels n'étaient pas des droits « programme » ».

contre l'intervention illicite et injuste de l'État⁴⁷. Les DESC étant des directives⁴⁸, des droits *programmes*⁴⁹ pour la mise en œuvre desquels on pourrait envisager l'établissement d'un système de rapports périodiques.

Quant aux arguments en faveur de l'adoption d'un seul Pacte, ils soulignaient notamment : l'inefficacité des DCP sans les DESC (*URSS*), que la séparation des DCP des DESC en deux Pactes signifierait une remise éternelle de l'atteinte des DESC. Pour les partisans du pacte unique :

(...) on ne pouvait distinguer nettement différentes catégories de droits de l'homme, ni classer ces droits d'après une hiérarchie des valeurs. En l'absence de droits économiques, sociaux et culturels, les droits civils et politiques risquent d'être purement nominaux; en l'absence de droits civils et politiques, les droits économiques, sociaux et culturels ne peuvent être longtemps garantis⁵⁰.

Supra note 20 à la page 8.

⁴⁷ *Ibid* au par. 9.

⁴⁸ Comme le souligne Tinta : «At best, economic, social, and cultural rights were perceived as directives and not as giving rise to legally binding duties », et elle précise « (...) that there are not judicial remedies to redress their lack of observance ».

Mónica Feria Tinta, « Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions » (2007) 29 Hum Rts Q 431 aux pages 433 et 439.

⁴⁹ Le Commentaire du texte des projets de pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme de 1955 précise:

On a fait observer cependant que tous les droits civils et politiques n'étaient pas des droits « légaux » dans tous les pays et territoires, de même que tous les droits économiques, sociaux et culturels n'étaient pas des droits « programme ». Un droit civil ou politique peut fort bien être un droit « programme » sous un certain régime; un droit économique, social ou culturel peut être un droit « légal » sous un autre.

Supra note 20 à la page 8.

⁵⁰ *Ibid* par.8.

La décision de séparer les DESC et les DCP dans deux Pactes différents peut être perçue comme une victoire idéologique du bloc de l'Ouest qui dominait les Nations Unies au lendemain de la Seconde Guerre mondiale⁵¹. Cette fragmentation et cette marginalisation des DESC a non seulement happé l'idéal de l'Homme libre envisagé dans la Déclaration universelle des droits de l'Homme, mais a eu des graves conséquences non seulement sur le développement des DESC, mais également dans d'autres domaines: «The broader disconnect between human rights and the fields of development, trade, and economic security had its roots in the long standing neglect of economic and social factors within human rights.»⁵²

1.2 Les enjeux liés à la nature des droits économiques, sociaux et culturels

1.2.1 La controverse entourant la nature des droits économiques, sociaux et culturels

Comme nous l'avons souligné l'un des piliers de l'argumentaire des États qui ont réussi à scinder les droits fondamentaux au sein des deux Pactes, était la soi-disant différence fondamentale entre la nature des DESC et celle des DCP. Les critiques sceptiques ou même hostiles aux DESC ont ainsi questionné le caractère juridique des DESC et tenté de miner leur légitimité. Afin de démontrer leurs allégations, les DCP étaient décrits comme une catégorie de droits hiérarchiquement supérieure dans la nomenclature internationale des droits de l'Homme. Ce raisonnement présentant les DCP comme *la* référence possédant la nature et les attributs requis des droits fondamentaux, imposait aux DESC de posséder les éléments constitutifs des DCP afin d'aspirer au statut de droit fondamental.

⁵¹ Comme le souligne Baderin et McCorquodale :« This decision to draft two separate Covenants was deeply divisive. Most commentators consider that it was a reflection of the dominance of western liberal states in the UN, with their emphasis on international supervision of civil and political rights (CP rights) ». [notes omises].

Mashood A. Baderin et Robert McCorquodale, «The international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : Forty Years of Development » dans Mashood A. Baderin et Robert McCorquodale, dir, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, New York, Oxford University Press (2007) 3 à la page 6.

⁵² Normand et Zaidi, *supra* note 31, à la page 211.

Les critiques se sont évertués à peindre les DESC comme des ersatz des droits de l'Homme. Par ailleurs pour certains auteurs issus de la tradition libérale, les DESC ne sont que des *options politiques* (à la merci du législateur et de nature profondément idéologique⁵³), des *programmes* (à la discrétion des États Parties⁵⁴) ou encore des *aspirations morales*.

Nous nous intéresserons plus particulièrement à trois volets principaux des critiques à l'égard des DESC: la soi-disant *obligation positive* imposée par les DESC, leur *caractère vague et imprécis* et leur *application progressive*. Notons que la conséquence de ces supposées lacunes est de rendre les DESC non justiciables.

En ce qui a trait aux *obligations positives* imposées par les DESC, le raisonnement des critiques était assez simple, voir simpliste. Les DESC étaient des droits créances, des

⁵³ Selon les critiques, les DESC sont incompatibles avec le libre marché et nécessitent un degré d'intervention inacceptable dans les affaires internes de l'État.

Voir Philip Alston et Gerard Quinn, « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights », (1987) 3 Hum Rts Q 156 à la page 60.

Voir également les préoccupations du Comité des DESC à l'égard du Canada:

L'interprétation restrictive faite par l'État partie de ses obligations découlant du Pacte, en particulier sa position selon laquelle il peut donner effet aux obligations juridiques énoncées par le Pacte en adoptant des programmes et politiques spécifiques plutôt qu'en promulguant des lois reconnaissant expressément les droits économiques, sociaux et culturels, et la méconnaissance consécutive, par les provinces et territoires, des obligations juridiques de l'État partie découlant du Pacte.

Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Doc off CDESC NU, 33^e sess, Doc NU E/C.12/CAN/CO/4 E/C.12/CAN/CO/5, (2006) 1 par. 11 (a).

⁵⁴ Soulignons que le concept de réalisation progressive ne donne pas carte blanche aux États Parties, comme le précise Courtis: «it gives states some leeway in order to choose the means to achieve full realisation, but it does not imply absolute discretion and – even less – indifference regarding the outcomes»

Christian Courtis, « Standards to Make ESC Rights Justiciable: A Summary Exploration » (2009) 2 : 4 (2009) Erasmus Law Review 379 à la page 390.

*aspirations*⁵⁵ nécessitant des ressources financières de l'État, contrairement aux DCP qui pouvaient être immédiatement mis en vigueur⁵⁶. Selon les critiques les DESC imposent à l'État une allocation de ressources afin d'atteindre un objectif, contrairement aux DCP qui imposent une abstention de l'État, ne nécessitant pas une allocation de ressources. En d'autres mots, comme l'avait souligné en 2002 l'expert indépendant⁵⁷ sur la question de l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au PIDESC, les obligations découlant du Pacte relatif aux droits civils et politiques sont « des obligations de résultat, obligations par nature mesurables, donc normalement non susceptibles de gradation », et ce contrairement aux obligations relatives aux droits découlant du PIDESC.

Ces arguments étaient notamment basés sur une interprétation erronée de l'article 2 paragraphe 1 du PIDESC⁵⁸ concluant que la réalisation progressive des droits reconnus

⁵⁵ Arambulo mentionne plusieurs auteurs pour qui les DESC sont des *aspirations utopiques* : « Cranston is joined by Orwin and Pangle, who also maintain that economic, social and cultural rights are not human rights *pur sang* ». Voir : Cranston, M.W. *What are human rights ?*, London, Bodley Head, 1973.

Arambulo, K. *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Anvers, Intersentia Hart, 1999 à la page 54.

⁵⁶ Courtis affirme justement « Courts have made a fruitful use of this distinction, finding in many cases that the recognition of an ESC right in a constitution or – when applicable – a human rights instrument entails some immediate duties where 'progressive realisation' or similar notions play *no role whatsoever* » [nos italiques]

Courtis, *supra* note 54 à la page 382.

⁵⁷ *Rapport de l'Expert indépendant sur la question d'un projet de protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc off CES NU, 2002, Doc NU E/CN.4/2002/57 1 à la page 8 par.16.

⁵⁸ L'article 2 par. 1 du PIDESC souligne :

Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 3 Janvier 1976).

dans le Pacte nécessite l'adoption de mesures législatives, des allocations de ressources, et requiert un délai.

Cet effort financier exigé par les DESC entraînait logiquement pour les critiques comme Bossuyt⁵⁹, un contenu différent et variable des DESC d'un État à l'autre et ce contrairement aux DCP.

Nous estimons au contraire que la prétendue obligation négative de l'État en ce qui à trait aux DCP est bien loin de la réalité. Comme le soulignent Alston et Quinn : «The reality is that full realization of civil and political rights is heavily dependent both on the availability of resources and the development of necessary societal structures»⁶⁰.

L'exemple classique de l'administration de la justice est assez flagrant en ce qui à trait aux obligations positives des États en ce qui concerne les DCP. Une saine administration de la justice impose en effet une allocation de ressources non négligeable. Il est d'ailleurs plutôt difficile, tel que le mentionne Courtis, de trouver un droit qui ne nécessite pas une allocation de ressources pour être mis en vigueur et protégé.⁶¹

Nous croyons que les droits fondamentaux imposent à l'État des obligations positives et négatives. L'État doit donc allouer des ressources pour atteindre des objectifs et respecter ses engagements aussi bien dans le cadre des droits civils et politiques⁶² que des droits

⁵⁹ Bossuyt, M. « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. » (1975) 8 Revue des droits de l'Homme 783.

⁶⁰ Alston et Quinn, *supra* note 53 à la page 172.

⁶¹ Courtis, *supra* note 54 à la page 381.

⁶² Notons à cet égard, l'Observation Générale numéro 3 du Comité des droits de l'Homme :

The Committee considers it necessary to draw the attention of States parties to the fact that the obligation under the Covenant *is not confined to the respect of human rights*, but that States parties have also undertaken to ensure the enjoyment of these rights to all individuals under their jurisdiction. This aspect calls for *specific activities* by the States parties to enable individuals to enjoy their rights. [nos italiques]

économiques, sociaux et culturels. L'État a dans la même logique des obligations négatives où il privilégiera l'abstention. Comme le soulignent certains auteurs : «All human rights require a combination of negative and positive conduct from States and varying levels of resources.»⁶³

Lors des débats pour l'adoption des Pactes, d'autres arguments étaient souvent soulevés à l'encontre des DESC : leur caractère vague et imprécis⁶⁴ et surtout leur nature progressive.

Nous pouvons facilement anticiper les problèmes que peuvent poser des droits imprécis notamment dans le cadre de leur justiciabilité comme nous le verrons dans la prochaine partie de notre réflexion. Rappelons que certains droits dans le PDCP ne sont pas non plus décrits de manière précise. Cela étant souligné, nous croyons, tel que soulevé par Sandra Liebenberg, que le manque de précision réside non dans la nature inhérente des DESC mais est plutôt une conséquence de leur exclusion des procédures d'adjudication⁶⁵.

Comité des droits économiques et sociaux, *Observation générale 3, La nature des obligations des États parties (art. 2, par. 1, du Pacte)*, Doc Off CDESC NU, 5^e sess, Doc NU E/1991/23 (1990).

⁶³ Aoife Nolan, Bruce Porter et Malcolm Langford, « The Justiciability of Social and Economic Rights : An Updated Appraisal » (août 2007) en ligne : [ssrn.com](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434944)
< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1434944 > à la page 9.

Voir également Sepúlveda : «The academic literature as well as the jurisprudence of the major human rights supervisory bodies shows that positive and negative duties are part of the normative requirement of both sorts of rights.» [notes omises]

Magdalena Sepúlveda, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Anvers, Intersentia, 2003 à la page 124.

⁶⁴ Comme le souligne la Commission Internationale des Juristes : « (...) on dit fréquemment, par exemple, que le «droit à la santé» ou le «droit au logement» n'ont pas de sens précis et ne comportent pas de norme évidente permettant de déterminer si une action ou une omission respecte ce droit ou non».

Commission internationale des juristes, *Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels*, 2008, en ligne : [icj.org](http://www.icj.org/dwn/img_prd/Justiciability-French-ElecDist.pdf) < http://www.icj.org/dwn/img_prd/Justiciability-French-ElecDist.pdf > à la page 17

⁶⁵ Voir Nolan, Porter et Langford, *supra* note 63 à la page 11.

Sandra Liebenberg, « Social and Economic Rights », dans Matthew Chaskalson et al. dir, *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town, Juta, 1996

Eibe Riedel souligne également à ce sujet :

Ainsi un droit qui peut paraître vague peut être mieux précisé et clarifié une fois qu'il fait l'objet d'une procédure d'adjudication. Si les DESC souffrent de nos jours d'un manque de précision cela est dû à des raisons externes et non à leurs caractéristiques inhérentes⁶⁶.

Sepúlveda souligne d'ailleurs justement:

The shape and contour of a right, or more precisely, of the obligations that it imposes, are the result of years of repeated application. In this regard, economic, social and cultural rights suffer an enormous disadvantage. (...) The fact that some of the norms contained in the Covenant have maintained a degree of imprecision for so long has been the consequence of the implementation measures adopted by the Covenant. The lack of an individual complaint procedure has hindered the clarification process⁶⁷. [notes omises]

En ce qui à trait à la nature progressive et à la marge d'appréciation laissée aux États, comme le souligne Kristin Henrard :

(...) the traditionally broader margin of appreciation of states is circumscribed in several ways. This is visible in the text of the more recent instruments relating to economic, social and cultural rights, in the sense that they are formulated in a less conditional way, often with less emphasis on their progressive nature.⁶⁸

(...) all human rights or fundamental rights provisions, by their very nature, tend to be formulated in highly abstract terms, needing subsequent concretization by court or tribunal pronouncements and administrative legislative acts (...) In the CESCR practice of examining state reports since 1987, the scope and extent of each individual Covenant right has gradually been delineated and concretized, thus reducing the vagueness of the treaty formulation.

Riedel, *supra* note 37 page 140.

⁶⁶ Sepúlveda, *supra* note 63 à la page 132.

⁶⁷ *Ibid*

⁶⁸ Kristin Henrard, « Introduction: The Justiciability of ESC Rights and the Interdependence of All Fundamental Rights », (2009) *Erasmus Law Review*, 2: 4, 373 à la page 374.

Henrad donne d'ailleurs dans cet extrait des exemples précis :

This phenomenon of social and economic rights being formulated in a stronger, less conditional, less intrinsically progressive way is also noticeable in several of the later UN human rights conventions, such as the Convention on the Elimination of Discrimination

Le Comité des DESC apporte également une nuance importante dans le cadre de l'Observation générale numéro 3, lorsqu'il précise aux paragraphes premier et second:

(...) si le Pacte prévoit effectivement que l'exercice des droits devra être assuré progressivement et reconnaît les contraintes découlant du caractère limité des ressources disponibles, *il impose aussi diverses obligations ayant un effet immédiat*, dont deux sont particulièrement importantes pour comprendre la nature précise des obligations des États parties. Une obligation dont il est question dans une observation générale distincte, que le Comité étudiera à sa sixième session, est que les États parties "s'engagent à garantir" que les droits considérés "seront exercés sans discrimination"

2. L'autre obligation réside dans le fait que, aux termes du paragraphe 1 de l'article 2, les États s'engagent à prendre des mesures, obligation qui, en elle-même, n'est pas nuancée ou limitée par d'autres considérations. [nos italiques]

Eibe Riedel soutient d'ailleurs que cette la réalisation progressive des DESC est conforme au langage déployé dans les deux Pactes : le Pacte relatif aux DCP précisant que *tout individu a droit a...*, tandis que le Pacte relatif aux DESC précise plutôt *Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit ou Les États parties au présent Pacte s'engagent à assurer et* utilise une langue plus indirecte⁶⁹. Cela étant précisé, Riedel souligne cependant « ESC rights under the ICESCR according to most commentators and state practice contain elements which are as directly applicable as those under the ICCPR, even if the language used generally seems to indicate a different reading »⁷⁰.

Par ailleurs, un autre argument contre la lecture qui tend à exclure les DESC de la sphère des droits de l'Homme réside dans son interprétation en vertu de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969. Alston et Quinn, ont justement rappelé que la

against Women (CEDAW) and the Convention on the Rights of the Child (CRC), as well as various regional conventions.

⁶⁹ Riedel, *supra* note 36 à la page 135.

⁷⁰ *Ibid* à la page 136.

Convention est un traité qui doit être interprété en vertu des règles coutumières du droit international pertinent au droit des traités⁷¹.

Ainsi l'article 31 (1) de la Convention de Vienne sur le droit des traités⁷² souligne :

Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but.

Les États Parties se sont engagés à agir de bonne foi afin d'assurer le respect des DESC. Ce respect n'est pas tributaire d'une volonté d'agir, d'un pouvoir discrétionnaire de législateur, des ressources financières de l'État.

Comme nous l'avons vu beaucoup d'arguments ont soulevé⁷³ des doutes sur la caractérisation des DESC comme des droits de l'Homme, et ont eu comme conséquence, comme nous le verrons dans la prochaine partie de notre réflexion, de soulever des questionnements sur leur justiciabilité, retardant ainsi indument l'adoption du nouveau Protocole.

⁷¹ Alston et Quinn, *supra* note 53 à la page 160.

⁷² Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 RTNU 354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980). Voir également les moyens complémentaires d'interprétation à l'article 32 de la Convention de Vienne.

⁷³ Certains critiques tentent encore de soulever des doutes sur la nature des DESC, mais comme le souligne Scheinin : « The old counter-argument related to the alleged 'different nature' of these rights, as compared to more traditional human rights generally described as civil and political rights, is perhaps not yet dead and buried but nevertheless appears today as a quite echo from the past ».

Martin Scheinin, « Justiciability and the Indivisibility of Human Rights » dans John Squires, Malcolm Langford et Bret Thiele dir, *The Road to A Remedy : Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press 2005, 17 à la page 30.

1.2.2 Les défis liés à la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels

Marc Bossuyt affirmait en 1975 que « (...) préconiser un contrôle judiciaire des droits sociaux au niveau international constituerait un manque de réalisme »⁷⁴. Ce faisant il reprenait l'argumentaire de certains États qui ne cessaient de clamer haut et fort le caractère *non justiciable* des DESC⁷⁵.

Mais est-ce encore possible de remettre en question la justiciabilité des DESC en 2011 ? L'émergence spectaculaire de la jurisprudence nationale et régionale, que nous analyserons brièvement dans la seconde partie de notre étude, n'a-t-elle pas réussi à dissiper les doutes quant à la justiciabilité des DESC ?

Comme nous le verrons dans la présente partie de notre réflexion, malgré les avancées certaines en ce qui a trait à l'adjudication des DESC, beaucoup de défis restent à relever.

Alston invite d'ailleurs à la prudence en soulignant « Although the debate has come a very long way in the course of a couple of decades, it is premature to assume that social rights have come fully of age in terms of justiciability ».⁷⁶

⁷⁴ Bossuyt, *supra* note 58 à la page 794.

⁷⁵ Dennis et Stewart ont également soulevé dans leur plaidoirie contre les DESC: « The rights and obligations contained in the ICESCR were never intended to be susceptible to judicial or quasi-judicial determination. ».

Micahel J. Dennis et David P. Stewart, « Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing, and Health? » 98 A.J.I.L (2004) 462 à la page 462.

⁷⁶ Philip Alston, Préface, dans Malcolm Langford, dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, ix à la page xiii

Vandebogaerde et Vandenhoele ont également souligné à l'égard de la résistance contre la justiciabilité des DESC:

States such as Australia, Canada, Japan, Norway, Poland, the UK and the USA remained unconvinced at the second session about the full justiciability of ESC rights and consequently the need of an OP (...) it is clear that this resistance is very much alive and

Mais à quoi se réfère-t-on lorsque l'on parle de justiciabilité ? Scott a justement souligné que «The word *justiciable* is often either the conclusion of an argument or series of an argument or a self-evident conclusion with no real preceding argument.»⁷⁷

Il serait utile de tenter de définir le concept de justiciabilité afin de mieux comprendre ce qui continue à alimenter l'argumentaire des critiques de l'invocabilité des DESC.

La Commission Internationale des Juristes a défini le mot "justiciabilité" comme:

la capacité de recourir à un organe indépendant et impartial quand un droit a été violé ou risque d'être violé. Il signifie la possibilité d'accéder à un mécanisme qui garantit les droits reconnus. Un droit invocable accorde à son titulaire un moyen de recourir à une procédure légale pour le faire respecter, chaque fois que le devoir qui en découle n'est pas accompli.⁷⁸

that a strong minority of states are still not convinced about the justiciability of ESC rights.

Arne Vandenbogaerde et Wouter Vandenhole, « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An *Ex Ante* Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process » (2010) 10:2 Human Rights Law Review 207, aux pages 213 et 237.

⁷⁷ Craig M. Scott, « The Interdependence and Permeability of Human Rights Norms: Towards a Partial Fusion of the International Covenants on Human Rights » (1989) 27: 4 Osgoode Hall LJ 769 à la page 833

⁷⁸ Commission internationale des juristes, *supra* note 63 à la page 7.

Arambulo précise par ailleurs au sujet des droits justiciables: « A right is said to be justiciable when a judge can apply it in a specific case, and when this application can result in further determination of the right's meaning ».

Arambulo, *supra* note 55 à la page 55.

Mpulanga-Hulston prend pour sa part soin de faire la distinction entre d'une part le concept de *Justiciability* et *Enforceability* et d'autre part entre le concept de *Justiciability* et *Judicialism* :

The Enforcement of human rights deals with the identification of the entitlements and duties created by legal regime, which have to be maintained and executed. Justiciability, on the other hand presupposes the existence of a review mechanism to determine non-compliance with the terms of the legal regime. (...) judicialism is directed to the court system, while justiciability essentially inheres in the idea of review, though this of itself does not exclude court processes.

Jackbeth K. Mapulanga-Hulston « Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights » (2002) 6:4 Int'l JHR 29 à la page 37.

En d'autres mots, il s'agit d'offrir aux victimes de la violation d'un droit, un recours utile, leur permettant d'invoquer ce droit devant un forum judiciaire ou quasi-judiciaire impartial et qui pourra prendre une décision et faire des recommandations. Le Comité des DESC a d'ailleurs souligné dans son observation générale n° 9, au sujet du recours utile : « The right to an effective remedy needs not be interpreted as always requiring a judicial remedy ».

De Schutter donne pour sa part d'autres précisions sur la notion de justiciabilité des DESC en soulignant que:

La notion de "justiciabilité" fait référence ici à la capacité pour les clauses substantielles du Pacte de constituer le point d'appui à la motivation, fondée en droit, d'un constat de violation effectuée par le Comité. (...) Sur la base d'une communication individuelle qui sera présentée, la question posée au Comité sera de savoir si le traitement dont l'individu a fait l'objet de la part de l'État, que ce soit par le fait de l'action des organes de celui-ci ou par le fait de leur omission est ou non conforme aux obligations que le Pacte impose⁷⁹. [notes omises]

Ce point répond à l'argument de Vierdag qui dans son raisonnement sur ce qui constitue un vrai droit considérait plutôt que la *justiciabilité* d'un droit était synonyme avec le concept d'*exécution* d'un droit.

Arambulo, *supra* 54 à la page 83.

Notons à cet égard que lors des discussions du Groupe de Travail en 2005, un expert invité, a souligné, afin de calmer l'inquiétude de certains États quant à une éventuelle ingérence du Protocole facultatif dans les affaires internes des États : « qu'une procédure internationale de communication n'était pas un mécanisme exécutoire, mais servait uniquement à rappeler aux États qu'ils ne se conformaient peut-être pas à leurs obligations internationales ».

CES, *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session*, Doc off CES NU, 2005, Doc NU E/CN.4/2005/52 par. 32.

⁷⁹ Olivier De Schutter, « Le Protocole facultatif au Pacte International relatif aux droits, économiques, sociaux et culturels » (2006) 1 R.B.D.I. 7, à la page 9.

Pour De Schutter la question à se poser est de savoir : « si les obligations imposées à l'État partie sont suffisamment définies, afin de permettre au Comité des droits économiques, sociaux et culturels de motiver juridiquement la conformité des actions de l'État partie à ses obligations et engagements. »⁸⁰. Le Comité des DESC précise à cet égard dans son Observation générale n° 9 : « (...) il n'existe dans le Pacte aucun droit qui ne puisse être considéré, dans la grande majorité des systèmes, comme comportant au moins quelques aspects importants qui sont invocables. »⁸¹.

Le concept de justiciabilité des DESC est donc primordial puisqu'il s'agira pour le Comité de décider de la conformité ou de la non-conformité de l'État quant à ses engagements et ses obligations. Nous comprenons donc mieux l'acharnement de certains États qui ont tenté d'éviter tout mécanisme de surveillance offrant un recours utile à des particuliers contre l'action ou l'inaction des États. Cette résistance peut en partie expliquer les assises de l'argumentaire des États sceptiques quant à la justiciabilité des DESC. Comme nous l'avons analysé dans la partie précédente, afin de démontrer le caractère non-invocable des DESC, les États sceptiques ou hostiles aux DESC critiquaient la nature des DESC⁸². C'était ce qu'Alston qualifie de *name-calling phase*⁸³:

⁸⁰ *Ibid* à la page 21.

⁸¹ Comité des droits économiques et sociaux, *Observation générale 9, Application du Pacte au niveau national*, Doc Off CDESC NU, 19^e sess, 51^e séance, Doc NU E/C.12/1998/24 (2009).

Le Comité souligne également dans cette observation :

L'adoption d'une classification rigide des droits économiques, sociaux et culturels qui les placerait, par définition, en dehors de la juridiction des tribunaux serait, par conséquent, arbitraire et incompatible avec le principe de l'indivisibilité et de l'interdépendance des deux types de droits de l'homme. Elle aurait en outre pour effet de réduire considérablement la capacité des tribunaux de protéger les droits des groupes les plus vulnérables et les plus défavorisés de la société.

⁸² Craig Scott résume bien cet argumentaire lorsqu'il établit la liste suivante, en prenant soin de préciser:

both proponents and opponents of the distinctions tend to recite the distinctions as if they were of the same order of significance. An undifferentiated list might look like this :

le soi-disant caractère vague et imprécis des DESC, leurs natures progressives, l'argument des obligations positives nécessitant une allocation de ressources et l'empiètement dans la sphère du législateur⁸⁴.

Cet argumentaire a souvent été repris même dans le cadre du débat entourant l'adoption du Protocole facultatif au PIDESC.

En effet, la question de la justiciabilité des DESC était un point central des débats entourant l'adoption du protocole. Déjà lors des premières séances du Groupe de travail en février 2004, des États ont estimé « douteux que tous les droits économiques, sociaux et culturels soient au même titre justiciables »⁸⁵ et qu'une procédure de plaintes « serait

Economic, Social and Cultural Rights		Civil and Political Rights
1- Positive	vs.	Negative
2- Resource-Intensive	vs.	Cost-Free
3- Progressive	vs.	Immediate
4- Vague	vs.	Precise
5- Unmanageably complex	vs.	Manageable
6- Ideologically Divisive/ Political	vs.	Non-Ideological/ Non- Political
7- Non-Justiciable	vs.	Justiciable
8- Aspiration or Goals	vs.	“Real” or “ Legal Rights ”

Supra note 77 à la page 833.

⁸³ *Supra* note 76, à la page ix.

⁸⁴ Ebadolahi soulève d'ailleurs la question suivante au sujet de l'argument du soi-disant empiètement dans le sphère du législateur : «Is it democratically legitimate for courts to make rights decisions that turn on resource allocations, and do courts have the skills necessary to evaluate or alter policy choices made by the legislative or executive branches? ».

Mitra Ebadolahi, «Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa» (2008) 83:5 NYUL Review, 1565 à la page 1567.

⁸⁵ CES, *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc off CES NU, 2004, Doc NU E/CN.4/2004/44 par. 65.

inadaptée en raison du caractère particulier des droits économiques, sociaux et culturels»⁸⁶. Ce faisant certains États, notamment les partisans de l'approche à la Carte tentaient de créer une hiérarchisation des DESC, en choisissant les droits qui se prêtaient mieux à l'adjudication⁸⁷. Fort heureusement d'autres délégations ont empêché que le protocole ne devienne le reflet de certains instruments régionaux qui ne peuvent être saisis que pour certains DESC, et une approche globale a été favorisée. Ce progrès a permis comme le soulignent Courtis, Halsteen et Mahon :

(...) gradually and by the end of the inter-governmental negotiations on the OP, the majority of States no longer accepted these views. States were eventually convinced that many of the assumptions against the justiciability of ESCR overstate the differences between ESCR and CPR⁸⁸.

⁸⁶ *Ibid* par. 57.

⁸⁷ Le Groupe de Travail précise d'ailleurs 2004 : « Un certain nombre de délégations ont indiqué qu'une approche à la carte pourrait être appropriée en ce qu'elle autoriserait chaque État à ne retenir que ceux des droits qui étaient déjà invocables en justice dans leur ordre interne ».

Ibid par.65.

Bruce Porter souligne à cet égard le danger qui menaçait l'unité des droits fondamentaux:

Attempts by some States to distinguish between justiciable and non-justiciable components of the Covenant were often, in fact, disguised attempts to import into the Optional Protocol the very inequalities between civil and political and ESC rights which this mechanism had the potential to remedy. Proposals for "a la carte" options, through which States could pick those rights or components of the Covenant that they agreed to be justiciable, proposals to limit complaints to allegations of discrimination in relation to the enjoyment of Covenant rights, or to particularly egregious violations of minimum core obligations, akin to right to life violations under the ICCPR, were examples of the kinds of selective approaches that, if accepted, would have dismembered the unified vision of human rights and actually served to deny claimants of substantive ESC rights access to effective remedies.

Bruce Porter, « The Reasonableness of Article 8(4): Adjudicating Claims From the Margins » (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights* 39 à la page 42.

⁸⁸ Entrevue de Christian Courtis, Ulrik Halsteen et Claire Mahon par Programmes des Nations Unies pour le Développement Oslo Governance Center (4 décembre 2008) en ligne : [undp.org <http://www.undp.org/oslocentre/flagship/insight_04_en.html>](http://www.undp.org/oslocentre/flagship/insight_04_en.html).

Cette évolution des idées, assez visible dans le cadre des débats entourant l'adoption du Protocole facultatif au PIDESC, ainsi que l'émergence de la jurisprudence régionale et nationale ont su faire avancer les discussions, et le débat semble se situer plutôt au niveau du degré de justiciabilité⁸⁹ des DESC. Ce débat soulève désormais des questions plus précises et capitales qui permettront d'approfondir davantage le débat sur la justiciabilité. Langford soulève d'ailleurs des questions importantes « Should courts engage in weak or strong forms of review? What are appropriate remedies? How do you reconcile individual and collective interests, and the relationship between theories of democratic deliberation and judicial review? »⁹⁰.

L'étude des modalités du nouveau Protocole dans la dernière partie de notre réflexion nous permettra de réfléchir sur le potentiel et l'utilité du recours offert aux victimes.

Kyung-Wa Kang, du Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, abondait d'ailleurs dans le même sens que Langford en précisant que la question n'était pas de savoir si les DESC étaient justiciables dans le cadre d'un mécanisme international, mais plutôt : « How are they made justiciable? What are the applicable standards? What are the best procedural arrangements for their proper adjudication? How can compliance with the views of the Committee best be ensured? »⁹¹.

Le défi le plus important qui se pose à la justiciabilité des DESC est de savoir comme le précise justement Langford :

⁸⁹Malcolm Langford, « The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory » dans Malcolm Langford dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, 3 à la page 29.

⁹⁰*Ibid*

⁹¹ Kyung-wha Kang, allocution d'ouverture, Expert seminar: Implementation of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: future role of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, présentée au Haut-Commissariat aux droits de l'Homme 28 Octobre 2009 [non publiée] en ligne : < <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9564&LangID=E> >

How they can be adjudicated with measure of integrity, respecting the institutional nature of adjudicatory bodies and the call for justice inherent in human rights.⁹² (...) successful litigation and implementation in practices is a significant challenge.⁹³

Comme nous l'avons constaté, beaucoup de défis se sont retrouvés sur le chemin sinueux de l'adjudication des DESC. Nous sommes passés au cours des dernières décennies de la résistance quant à leur justiciabilité à une évolution qui a permis une avancée certaine de l'acceptation de la justiciabilité des DESC. L'émergence de la jurisprudence nationale, régionale et internationale, l'examen des rapports des États par le Comité des DESC, ainsi que la rédaction des Observations Générales visant à clarifier les obligations et les engagements des États quant aux DESC ont constitué les catalyseurs d'une certaine reconnaissance de la justiciabilité des DESC. Cette reconnaissance a constitué le ferment du nouveau Protocole facultatif se rapportant au PIDESC.

Cependant, il est important d'être vigilant à la lumière des débats entourant l'adoption du nouveau Protocole. En effet, il semble évident que malgré l'évolution, un scepticisme et une méfiance persistent à l'égard de la justiciabilité des DESC. Il faudra voir si avec la mise en vigueur du PF-PIDESC, le Comité saura dissiper toute forme de méfiance et rétablir la rationalisation des mécanismes de protection internationale des droits de l'Homme, tout en créant un corpus jurisprudentiel utile.

⁹² Langford, *supra* note 89 à la page 43.

⁹³ *Ibid* à la page 45.

1.3 La genèse du nouveau Protocole facultatif au PIDESC

Quelques mois avant l'adoption du PF-PIDESC, Louise Arbour, alors la Haut-Commissaire aux droits de l'Homme, avait précisé :

The adoption of the optional protocol will truly be a milestone in the history of the universal human rights system. It will mark a high point of the gradual trend towards a greater recognition of the indivisibility and interrelatedness of all human rights. A progression which is in fact simply a return to the unified vision of human rights set out in the Universal Declaration 60 years ago.⁹⁴

L'étape de l'adoption était en effet en soi historique et tel que l'a soulevé Louise Arbour, elle constituait un retour à la vision unifiée des droits de l'Homme, que l'on retrouvait d'ailleurs dans la résolution 421(V)⁹⁵ de l'Assemblée Générale des Nations Unies.

De la Conférence mondiale des droits de l'Homme de Téhéran⁹⁶ à celle de Vienne⁹⁷ on a clamé l'indivisibilité des droits de l'Homme et l'importance de traiter sur un pied

⁹⁴ Louise Arbour, allocution d'ouverture, Déclaration d'ouverture Groupe de travail, à composition non limitée, chargé d'élaborer un Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, présenté au Haut Commissariat aux droits de l'Homme, 31 mars 2008 [non publiée] en ligne : www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=8688&LangID=E >.

⁹⁵ Résolution 421(V), *supra* note 23.

⁹⁶ Proclamation de Téhéran 1968,

Les droits de l'homme et les libertés fondamentales étant indivisibles, la jouissance complète des droits civils et politiques est impossible sans celle des droits économiques, sociaux et culturels. Les progrès durables dans la voie de l'application des droits de l'homme supposent une politique nationale et internationale rationnelle et efficace de développement économique et social.

Proclamation de Téhéran, Doc off AG NU, 1968, Doc NU A/CONF. 32/41 au par 13.

⁹⁷ Déclaration et Programme d'action de Vienne 1993:

Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance.

d'égalité tous les droits de l'Homme. La Déclaration et Programme d'action de Vienne 1993 est allé même plus loin, lorsqu'elle précisa:

La Conférence mondiale sur les droits de l'homme encourage la Commission des droits de l'homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude de protocoles facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹⁸

Par ailleurs, il faut garder à l'esprit que de 1966 à 2008 plusieurs protocoles⁹⁹ ont été adoptés et sont venus enrichir le mécanisme de protection des droits de l'Homme. Ainsi grâce à ces protocoles une personne dont les droits civils et politiques étaient violés, les victimes de la torture et autres traitements cruels, les femmes victimes de discrimination, les enfants victimes de crimes abjectes, les personnes discriminées en raison de leur handicap avaient un recours utile devant un forum international. Mais une personne souffrant de malnutrition, privée d'eau potable, d'un système de santé adéquate, et forcée de quitter son logement ne pouvait porter sa cause devant une instance internationale compétente et ayant la capacité de décider si l'État partie respecte ses engagements et ses obligations.

Déclaration et Programme d'action de Vienne, Doc off AG NU, 1993, Doc NU A/Conf.157/23.

⁹⁸ *Ibid* par. 75.

⁹⁹ *Protocole facultatif se rapportant au Pacte International relatif aux droits civils et politiques*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, (entré en vigueur : le 23 mars 1976) ; *Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort*, 15 décembre 1989, 1642 R.T.N.U. 414, (entré en vigueur : le 11 juillet 1991), *Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes*, 6 octobre 1991, 2131 R.T.N.U 83, (entré en vigueur : 22 décembre 2000) ; *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'Enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés*, Rés AG 54/263, Doc off AG NU 54^{ème} sess, Doc NU A/54/263 (2000) 2; *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant , concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, Rés AG 54/263, Doc off AG NU 54^{ème} sess, Doc NU A/54/263 (2000) 7; *Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, Rés AG 57/99, Doc off AG NU, 57^{ème} sess, Doc NU A/57/99 (2003) 2 ; *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées*, Rés AG 61/106, Doc off AG NU, 61^{ème} sess, Doc NU A/61/106 (2007) 27.

Le PIDESC était devenu le seul instrument de protection des droits de l'Homme du système onusien, ne disposant pas d'une procédure de plainte pour les particuliers et les groupes, contrairement aux autres instruments juridiques de protection des droits de l'Homme du système onusien qui permettaient le traitement de plaintes individuelles.

Afin de mieux surveiller l'application du PIDESC, le Comité des DESC fut créé en 1985, par une simple résolution (1985/17) du Conseil économique et social. Le Comité des DESC était notamment chargé de recevoir et d'étudier les rapports périodiques des États parties du PIDESC. Il a fallu attendre le début des années 90 afin que des projets d'élaboration d'un mécanisme de plaintes individuelles soient proposés.

Philip Alston qui présidait le Comité des DESC avait alors pris soin de souligner :

(...) que l'idée de mettre place une procédure internationale pour la présentation de plaintes relatives à l'application des droits économiques, sociaux et culturels n'a réellement rien de bien nouveau, puisque de telles procédures existent déjà depuis plusieurs années au BIT et à l'UNESCO, pour les droits relevant de leurs domaines de compétence respectifs, et que la procédure établie en vertu de la résolution 1503 (XLVIII) du Conseil économique et social (la "procédure 1503") s'applique aussi aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁰.

D'autres experts du Comité ont également souligné la nécessité de l'adoption du Protocole¹⁰¹.

Après plusieurs rapports sur la question, dont celui du rapporteur spécial Danilo Türk sur la réalisation des DESC¹⁰², des projets de protocole ont circulé et finalement en 2002 la Commission des droits de l'Homme a établi le Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole

¹⁰⁰ *Compte rendu analytique de la 11^{ème} séance*, Doc off CES NU, 1992, Doc NU E/C.12/1992/SR.11 par 1.

¹⁰¹ *Ibid*

Ainsi Philippe Texier s'est dit convaincu que le Comité doit se prononcer fermement sur la nécessité d'un tel instrument et jouer un rôle prépondérant dans son élaboration (par. 2). Par ailleurs un autre membre a souligné que l'existence d'un tel protocole rehausserait l'importance des droits inscrits dans le Pacte (Voir Mme. Ider par. 14).

¹⁰² *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights : Final report submitted by Mr. Danilo Türk Special Rapporteur*, Doc off CES NU, 44^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1992/16 (1992) par. 211.

facultatif, se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Tel que le nom du Groupe de travail l'indique, son mandat était plutôt limité. La Présidente-rapporteuse Albuquerque du Groupe de travail a d'ailleurs souligné:

The working group was directed to “consider options regarding the elaboration of an optional protocol to the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights” and clearly not to “draft an optional protocol to the international Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.”¹⁰³

Malgré les efforts de certaines délégations de raviver le spectre du clivage idéologique de la guerre froide, les *blocs* qui se dessinaient étaient fort différents de ceux des années 50. Ainsi comme le souligne l'O.N.G. ESCR-NET (International Network for Economic, Social and Cultural Rights):

“In fact, diverse States such as Argentina, Venezuela, Finland and Portugal aligned in favour of an Optional Protocol while the USA, Saudi Arabia, and India opposed it.”¹⁰⁴

Lors de la première session du Groupe de travail, les États-Unis d'Amérique considéraient :

the great majority of the states participating in the working group did not support the drafting of an optional protocol at this time (...)

¹⁰³ Catarina de Albuquerque, « Chronicle of an Announced Birth: The Coming into Life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, The Missing Piece of the International Bill of Human Rights » (2010) Hum Rts Q 144 à la page 156.

¹⁰⁴ ESCR-NET, Section 9: Open-Ended Working Group on the Optional Protocol to the ICECR (OEWG) en ligne: [escr-net.org](http://www.escr-net.org) < http://www.escr-net.org/resources_more/resources_more_show.htm?doc_id=429179>

The idea of an optional protocol as proposed by the committee is one whose time is yet not ripe.¹⁰⁵

Mais ces tentatives avortées n'ont pas réussi à empêcher les débats de progresser. D'autres discussions en 2005 avec les rapporteurs spéciaux, les experts régionaux, les experts de l'OIT et de l'UNESCO ont permis de mieux réfléchir sur l'application pratique du Protocole.

Après que le Conseil des droits de l'Homme nouvellement créé a reconduit de deux ans le mandat du Group de travail, le projet de Protocole facultatif, résultat de concessions et de compromis¹⁰⁶, fut soumis au Conseil des droits de l'Homme qui l'adopta sans aucun vote le 18 juin 2008. Le Protocole facultatif au PIDESC fut adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies, et ce sans vote, 60 ans après l'adoption de la Déclaration universelle des droits de l'Homme¹⁰⁷.

Mais pouvait-on pour autant parler de révolution dans le système de protection international des droits de l'Homme ? Certes comme nous l'avons étudié, les DESC ont soulevé beaucoup de controverses, parfois basées sur des arguments ineptes, et ont du relever plusieurs défis, dont celui de leur justiciabilité¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Albuquerque, *supra* note 103 à la page 158.

¹⁰⁶ Vandenbogarde et Vandenhole soulignent :

ideological prejudices have defeated attempts to create potentially effective mechanism for addressing ESC rights violations. The question is rather which political considerations have prevailed: those grounded in a proper understanding of esc rights in practice, or those mainly based on persistent ideological prejudices.

Vandenbogarde et Vandenhole, *supra* note 76 p.209.

¹⁰⁷ Au 30 Septembre 2011, quatre pays ont ratifié le PF. PIDESC : Mongolie, Espagne, Équateur, El Salvador et 38 pays l'ont signé. Dix ratifications suffisent afin que le PF.PIDESC entre en vigueur. Voir en ligne l'état des ratifications : <http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr>

¹⁰⁸ Même si le concept de justiciabilité reste au coeur des débats, comme l'a souligné Sepúlveda: « (...) Economic, social and cultural rights are not 'inherently' non-justiciable. »

Sepúlveda, *supra* note 63 à la p 357.

Mais comme le souligne Eibe Riedel :

If one looks at the achievements of Human Rights system, particularly in the field of ESC rights that have been reached in the last decades, the balance on the whole is positive . No giant steps were taken, yet slowly but surely States Parties have begun to implement their international treaty obligations with much more vigour than before.¹⁰⁹

Il semble en effet que certains États ont enfin pris conscience de leurs responsabilités à l'égard de la mise en vigueur des DESC et de leur protection effective. Le mur érigé au sein des droits fondamentaux et qui a imposé une asymétrie artificielle entre les DESC et les DCP s'est fissuré, voir effondré. On a ainsi assisté à une véritable renaissance des DESC au cours des dernières décennies, grâce notamment à une émergence de la jurisprudence nationale des DESC, à des observations générales du Comité des DESC visant à clarifier les obligations des États parties, et le constat politique de la nécessité d'agir afin d'offrir un recours utile aux victimes. Les arguments sur la nature particulière des DESC et l'affirmation anachronique de leur non justicabilité ont été écartés au profit d'une vision plus éclairée de ce qui constitue les droits de l'Homme. Il s'agit là d'une marche inexorable vers une vision unifiée des droits fondamentaux.

¹⁰⁹Riedel, *supra* note 37 à la page 148.

Chapitre II

La nécessité d'un mécanisme de recours pour les droits économiques, sociaux et culturels

Après des décennies de débats et de tergiversations, plusieurs facteurs ont facilité l'adoption d'un mécanisme de contrôle des DESC. La notion d'interdépendance, d'indivisibilité des droits de l'Homme, ainsi que l'apport de la jurisprudence internationale, régionale, et nationale sur les DESC ont ainsi permis un débat plus constructif qui a ouvert la voie à la naissance du nouveau Protocole au PIDESC.

La thèse de l'indissociabilité et l'interdépendance des droits fondamentaux, omniprésente dans les proclamations onusiennes, et dans la doctrine «a été affirmée et déclarée de manière de plus en plus intense»¹¹⁰. Or cette formulation parfois mécanique¹¹¹ suscite réflexion. La formulation tripartite sur l'indissociabilité, l'interdépendance et l'indivisibilité des DESC et des DCP est-elle un débat clos comme le soulignent certains auteurs ?¹¹² Qu'en est-il par ailleurs du concept de l'universalité des droits humains

¹¹⁰ Jean Dhommeaux, « La Contribution du Comité des droits économiques, sociaux, et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques sociaux et culturels » (1994) 40 AFDI 633 à la page 633.

¹¹¹ Ainsi comme le précise Ida Elizabeth Koch :

(...) the fact that human rights are indivisible interrelated and interdependent has been repeated so often and in such a variety of human rights contexts that many consider it a rhetoric slogan, a sort of mantra that has to be pronounced for the sake of good order, however, having no substantial significance in itself. (...) Indeed the passage has positive and pleasant connotation but repeating it does not give more substance to it. As expressed by Antonio Cassese, 'this convenient catch-phrase serves to dampen the debate while leaving everything the way it was'.

Ida Elizabeth Koch, *Human Rights as Indivisible Rights : the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009 aux pages 2 et 3.

¹¹² M. Trebilcock et R. Howse précisent à cet égard « The conceptual interdependence of the two sets of rights are beyond dispute ».

M. Trebilcock et R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 3e éd, New York, Martinus Nijhoff, 1999 à la page 583

souvent attaché à la formulation tripartite sur les droits fondamentaux ? Est-ce utile de questionner les origines du concept de l'universalité, et d'analyser les origines du droit international pour mieux saisir les limites d'un nouveau mécanisme de contrôle des droits fondamentaux ?

Qu'en est-il par ailleurs des dérives du droit international ? La mise en vigueur de mécanismes judiciaires ou quasi judiciaires permettant de poursuivre les responsables des violations graves des DESC¹¹³ peut-elle favoriser les pratiques impérialistes ? C'est d'ailleurs ce que Sundhya Pahuja reprochait à Shelley Wright. En effet Wright dans sa tentative de "décoloniser" les droits humains, propose des pistes pour une protection plus effective des DESC¹¹⁴. Elle propose notamment que la notion de *crimes internationaux* inclue les violations sérieuses des DESC¹¹⁵, et -anticipant l'adoption du nouveau Protocole- que les individus et les groupes puissent déposer des communications pour des violations des droits enchâssés dans le PIDESC¹¹⁶. Critiquant cette approche,

Craig Scott souligne pour sa part : « While it might appear that "indivisible" and "interdependent" must have distinct meanings, an overview of the relevant General Assembly resolutions warns against tying too much to semantics. ».

Scott, *supra* note 77 à la page 779.

¹¹³ David Kennedy met en garde en précisant : "transforming a harm into a "human rights violation" may be a way of condoning or denying rather naming and condemning it."

David Kennedy , « The International Human Rights Movement : Part of the Problem ? » (2002) 15 Harv Hum Rts. J 101 à la page 124.

¹¹⁴ Shelley Wright, *International Human Rights, Decolonisation and Globalisation: Becoming Human*, London et New York, Routledge, 2001.

¹¹⁵ Wright précise à ce sujet

First, where hunger, environmental toxicity, egregiously bad working conditions (...) or other serious violations of socio-economic conditions are deliberately inflicted on people leading to massive death, destruction and injury, the cause ought to give to criminal as well as states responsibility (...) Failure to provide essential medical assistance to alleviate a major epidemic could be described as crime against humanity .

Ibid p. 190.

¹¹⁶ *Ibid* p. 192.

Pahuja a souligné que le renforcement du régime juridique proposé: « -particularly expanded enforcement through the international economic and financial institutions- might instead represent ‘ an increasingly tentacular extension of the disciplining power of the market and of the “ rationalities” of capital’ »¹¹⁷ [notes omises].

Ces interrogations et affirmations soulèvent des questions sur les promesses et limites du droit international des droits humains. Afin de trouver des éléments de réponse, il nous paraît intéressant d'utiliser l'éclairage suggéré par les nouvelles approches critiques du droit international (*NAILS : New Approaches to International Law*). Notre intérêt dans cette approche critique réside dans le fait que nous croyons, d'une part, que le droit international offre des promesses, notamment une plate-forme utile pour les victimes de violations des droits fondamentaux, mais que, d'autre part, nous voulons éviter les désillusions et désenchantements en dévoilant les dérives du droit international¹¹⁸. Il nous paraît donc essentiel pour comprendre la potentialité du droit international d'analyser "sa structure profonde en sondant sa forme juridique, l'historique de l'élaboration de ses concepts, voire son ontologie propre."¹¹⁹

¹¹⁷ S. Pahuja, «This is the World: Have Faith », (2004) 15:2 EJIN 381, à la page 391.

Pahuja souligne également plus loin : « I am surprised at Wright's willingness to direct human rights to the cause of the expansion of practices of global capitalism which are arguably direct heirs of imperial legacy. ».

Ibid à la page 932.

¹¹⁸ Voir le préface d'Emmanuelle Jouannet dans Martti Koskenniemi, *La Politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, Jouannet précise également en parlant de l'œuvre de Koskenniemi :

La vision qu'il donne du droit international au cours de ce recueil est vraiment traversée par ce constant souci de clarifications de l'objet de notre discipline comme étant porteur de promesse, lieu possible d'émancipation, et en même temps terrain de multiples dérives comme celle conduisant à faire du droit international cette technique bureaucratique contemporaine qu'il abhorre.

Ibid à la page 9.

¹¹⁹ Rémi Bachand, « La critique en droit international : Réflexion autour des Livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19:2 RQDI, 1 à la page 2.

Notons cependant que même si les pistes proposées par les NAILS nous semblent utiles pour mener notre réflexion, nous nous questionnons sur certaines solutions proposées par ce courant critique. Quelles alternatives offrent les NAILS? En effet une fois le droit international déconstruit¹²⁰, est-ce possible de poser les assises d'un nouveau droit international plus égalitaire dans un monde dominé par le capitalisme triomphant ? Faut-il jeter du revers de la main les mécanismes de promotion des droits humains étant donné qu'ils risquent de servir que les entités dominantes ? Ne faudra-t-il pas dans la logique des NAILS ré-imaginer, reconfigurer¹²¹ purement et simplement le système international afin que le droit international soit un véritable outil d'émancipation ?

¹²⁰ Comme le précise Jouannet citant Descamps : « déconstruire n'est pas détruire », c'est plutôt révéler un sens que les jeux de langage et les agencements de pensée ont dissimulé ou interdit ».

Jouannet, *supra* note 118 à la page 15.

¹²¹ Ngugi précise d'ailleurs:

This is because international law has presupposed the "western" rationality that it has frozen in its language, organization, operation and framework. Any engagement with it involves the interlocutor getting into the epistemological circle of international law-hence limiting one's useful contribution to it to the extent that one must channel contribution within the vocabulary provided by international law episteme.

Joel Ngugi, « Making New Wine for Old Wineskins: Can the Reform of International Law Emancipate the Third World in the Age of Globalization » (2002) 8 U.C. Davis J. Int'l L. & Poly 73, à la page 76.

Pour Thomas Skouteris la méthodologie des NAILS semble nihiliste: «where else does deconstruction lead, other than to the elimination of international law.».

Thomas Skouteris, « Fin de NAIL : "New Approaches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship » (1997)10 Leiden J Int'l Law 415 à la page 419.

Hasnas quant à lui précise au sujet des théories critiques :

(...) the mainstream Critics or rationalists believe in the possibility of reform. They argue that critical theory can be used to rationalize mainstream legal doctrine and provide a normative basis for 'reconstruction' after the demise of liberal legalism. The irrationalists, on the other hand, reject even the possibility of reform. They claim that "all reconstruction efforts are doomed" and that "no law or legal system can ever be legitimate. [notes omises]

John Hasnas, « Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, or How not to Miss the point of Indeterminacy Argument », (1995) 45 Duke L J 84 aux pages 99 et 100.

Malgré ces réserves, nous estimons que l'éclairage NAILS est utile, car il bouscule nos certitudes sur le droit international, en déconstruisant le discours dominant (notamment historique¹²²) du droit international¹²³, en démontrant ses incohérences, ses concepts biaisés¹²⁴, ses effets pervers¹²⁵, mais renforce également notre croyance en sa potentialité émancipatrice.

¹²² Voir Anthony Anghie, *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004

Anthony Anghie s'est intéressé aux origines coloniales du droit international en étudiant notamment les études du juriste espagnol du 16ème siècle Francisco de Vitoria, notamment *De Indis Noviter Inventis*. Selon la lecture d'Anghie :

While Vitoria asserted that the indians were human beings who were bound by universal natural law, he is equally emphatic in claiming that they were not of the same stature as the Spanish themselves" Anghie cite Vitoria : "Although the aborigines in questions are (as has been said above) not wholly unintelligent, yet they are little short of that condition, and so are unfit to found or administer or lawful State up to the standard required by human and civil claims.

Ibid aux pages 897et 898.

¹²³ Kennedy dénonce d'ailleurs le discours dominant du droit international qu'il qualifie du *tragic voice of post-war public law liberalism*.

Voir David Kennedy, « A new Stream of International Law Scholarship » (1988) 7 :1 Wis Int'l L J 1 à la page 2.

¹²⁴ Bachand précise à cet égard:

(...) même si les fondements du droit international sont biaisés en faveur de l'Occident, et même s'ils finiront toujours par être interprétés de façon à favoriser l'impérialisme, dirait Miéville, *on a intérêt à participer à la définition de ses règles parce qu'elles finissent par avoir un impact important sur la conception que chacun aura du monde et sur la façon que tous auront de se comporter.*[nos italiques]

Bachand, *supra* note 119 à la page 29.

¹²⁵ Emmanuelle Jouannet souligne, en parlant des travaux de David Kennedy :

La question aujourd'hui , selon David Kennedy, n'est pas seulement de se battre pour consolider les avancées du droit international, mais aussi de savoir en esquivant les dérives et les effets pervers. Le problème n'est plus autant celui des objectifs à réaliser par le biais du droit international comme expertise professionnelle, que de la possibilité de les mettre en œuvre en échappant aux illusions suscitées par le rôle des experts, les bonnes intentions humanitaires ou

Nous croyons fermement à la potentialité émancipatrice du droit international et pensons comme le souligne Koskennemi que :

(...) le droit international offre un moyen d'expression pour ceux qui sont exclus des positions de pouvoir et qui sont régulièrement soumis aux décisions politiques des autres; il offre une plate-forme pour qu'à l'encontre des éléments dominants, ils puissent exprimer leurs plaintes en matière de violence, d'injustice et de misère sociale.¹²⁶

Nous tenterons de comprendre sous quelles conditions le nouveau protocole facultatif pourra véritablement devenir un recours utile au service des victimes, et non un instrument au service des entités dominantes¹²⁷. Comment pourra-t-il devenir une forme de résistance contre l'injustice¹²⁸ et non le reflet terne de bonnes intentions *droit de l'homme*? Comment peut-on éviter les dérives du droit international des droits humains ?

les faux consensus de tous ordres ; et en ne se cantonnant pas à une timide réserve professionnelle ou à une trompeuse neutralité juridique.

David Kennedy, *Nouvelles approches sur le droit international*, Paris, Pédone, 2009, à la page 8.

¹²⁶ *Supra* note 117 Koskennemi, à la page 354.

Cet auteur précise également que le discours internationaliste oscille entre :

(...) interminablement et nécessairement entre ces deux pôles d'argumentation que sont l'utopie abstraite des idéalistes et l'apologie du pouvoir des réalistes (...). Il en résulte une indétermination fondamentale de l'argumentation juridique qui reste indécidable au seul niveau du droit. Seul un choix politique (...) peut déterminer une solution.

Ibid aux pages 16 et 17.

¹²⁷ Kennedy se demande si les droits de l'Homme « traduit le vocabulaire du centre contre la périphérie, ouvrant ainsi la voie vers un empire plutôt que d'être l'antidote à l'avènement de cet empire ».

Supra note 125 à la page 101.

¹²⁸ Costas précise: « The usefulness of rights comes to an end when they lose their aim of resisting injustice »,

Costas Douzinas, « The 'end' of human rights », *The Guardian* (10 décembre 2008) en ligne: guardian.co.uk <<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2008/dec/10/humanrights-unitednations>>.

Notre histoire est truffée de tragédies, où les États brandissant l'étendard du droit international des droits humains¹²⁹, ont justifié des missions civilisatrices, des interventions militaires ou même l'imposition de plans d'ajustements structurels¹³⁰. Cette situation est préoccupante puisque les droits humains deviennent parfois des outils qui vont permettre à des gouvernements de légitimer des abus et des violations des droits humains, ceci à l'encontre des principes établis de non ingérence dans les affaires intérieures d'un État.

David Kennedy apporte un autre éclairage sur certains responsables de ces dérives quand il souligne :

The generation that built the human rights movement focused its attention on the ways in which evil people in evil societies could be identified and restrained. More acute now is how good people,

¹²⁹ Kennedy souligne : «The Human rights movement consistently underestimates the usefulness of the human rights vocabulary and machinery for people whose hearths are hard and whose political projects are repressive.»

Kennedy, *supra* note 113 à la page 119.

¹³⁰ Comme le suggère Chimni:

Armed with the powers of international financial and trade institutions to enforce neo-liberal agenda, international law today threatens to reduce the meaning of democracy to electing representatives who irrespective of their ideological affiliations, are compelled to pursue the same social and economic policies.

Voir également la note 13 sur les conséquences des programmes d'ajustement structurel.

B.S. Chimni, «Third World Approaches to International Law : A Manifesto », (2006) 8 International Community Law Review 3 à la page 3.

Anghie souligne également à cet égard:

(...) one version of the contemporary project of governance, particularly as it is promoted by powerful international financial institutions such as the World Bank and the IMF, replicates in significant way the civilizing mission that has given colonialism its impetus, and that has continued to be an important aspect of the contemporary relations between the developed and the developing world.

Anghie, *supra* note 122 à la page 897.

well intentioned people in good societies, can go wrong, can entrench, support the very things they have learned to denounce¹³¹.

Dans cette logique toute contribution au renforcement du mouvement des droits de l'Homme serait potentiellement viciée ! Mais alors comment faire valoir la potentialité émancipatrice du droit international des droits humains ?

Les outils méthodologiques offerts par les critiques qui ont animé les NAILS nous proposent de poser un regard critique sur la potentialité du droit international. Ainsi proposant plusieurs hypothèses, David Kennedy tente de comprendre si le mouvement international des droits de l'Homme créé plus de problèmes qu'il n'en résout.

Kennedy invite à penser de façon pragmatique étant donné que l'on a souvent tendance à traiter les droits de l'Homme comme objet de dévotion. Il faut d'après cet auteur, clarifier les coûts des bénéfices en analysant les critiques qui fissurent l'édifice des droits de l'Homme. Kennedy précise notamment que les recours contre les violations des droits humains traitent les symptômes plutôt que les maladies :

(...) this allows the illness not only to fester, but to seem like health itself. This is most likely where signing up for a norm-against discrimination-comes to substitute for ending the practice. But even when victims are compensated or violations avoided, the distribution of power and wealth that produced the violation may well come to seem more legitimate as they seek other venues of expression.¹³²

¹³¹ David Kennedy, *supra* note 113 à la page 125.

Kennedy précise également l'importance d'une critique rigoureuse des droits humains:

Whatever has been the history of human rights, we do not know its future. Perhaps these difficulties will be overcome, avoided. But we will not avoid them by avoiding their articulation, discussion, assessment –by treating the human rights movements as a frail child, in need of protection from critical assessment of pragmatic calculation.

Ibid

¹³² *Ibid* à la page 118.

Un tel raisonnement soulève des doutes sur tout mécanisme de contrôle des droits de l'Homme existant dans le système onusien. Même si Kennedy a raison de souligner qu'il faut s'attaquer aux sources¹³³ du problème, nous estimons que la simple existence de recours contre les violations des droits fondamentaux est un pas dans cette direction. Ne faut-il pas reconnaître les symptômes pour mieux guérir la maladie ¹³⁴?

Le nouveau Protocole facultatif au PIDESC offre un recours utile aux victimes. Lorsque le Comité des DESC constatera des violations, invitera l'État partie à compenser les souffrances cela ne signifie bien entendu pas que les problèmes liés au respect des DESC seront miraculeusement réglés. Pour ce faire il faudra s'attaquer aux sources du problème¹³⁵. Cela nécessitera une volonté politique afin de mettre en vigueur des politiques et des législations soucieuses du respect des DESC. En attendant cette volonté politique, en attendant la reconfiguration du droit international, il nous semble nécessaire d'atténuer la souffrance des victimes, et mettre des recours utiles à leur disposition, et ce malgré l'imperfection des recours existants.

L'analyse de la formulation tripartite sur l'indissociabilité, l'interdépendance et l'indivisibilité des droits humains ainsi que du concept de l'universalité des droits humains¹³⁶ confirme d'ailleurs la nécessité de l'existence d'un mécanisme de plainte individuelle pour la violation des DESC.

¹³³ Notamment les politiques qui font du droit international un outil de domination.

¹³⁴ Douzinas précise d'ailleurs : « Human rights are both the malady and its cure, both the poison and its antidote, a veritable Derridean *pharmakon*. ».

Costas Douzinas, « Human Rights and Post-Modern Utopia » 2000 11:2 Law and Critique 219 à la page 240.

¹³⁵ Notons que lorsque le Comité constate une violation, l'État est obligé de prendre des mesures afin de remédier à la source du problème.

¹³⁶ Peter Leuprecht définit les principes d'universalité et d'indivisibilité comme « tous les droits humains pour tous les êtres humains ».

Par ailleurs, les leçons des instruments internationaux, régionaux et nationaux de protection des droits humains permettront de mieux analyser les éléments qui ont pu influencer les États dans le cadre de l'adoption du nouveau Protocole du PIDESC, et explique pourquoi un mécanisme de recours international utile aux victimes des DESC est désormais incontournable.

L'expérience de ces entités dans l'adjudication des DESC nous permettra d'ailleurs d'extrapoler dans la dernière partie de notre étude sur le parcours du PF-PIDESC afin d'assurer l'effectivité des DESC.

2.1 L'universalité, l'indivisibilité, et l'interdépendance des droits de l'Homme

2.1.1. L'indivisibilité, l'interdépendance et l'interconnexion des droits de l'Homme

Le Juge en Chef Reynato Puno de la Cour Suprême des Philippines avait souligné en 2007:

For what good is not being arrested if one is already incarcerated by the prison of poverty? What good is freedom of expression if the only idea you can mumble are words begging for food? What good is freedom to think on the part of the ignorant who is even ignorant of his ignorance? What good is the right to property to him who is shirtless, shoeless, and roofless? What good are political and civil rights to those whose problem is how to be human?¹³⁷

Peter Leuprecht, « Droits Humains-individuels et/ou collectifs », dans Michel Seymour dir, *La reconnaissance dans tous ses états : repenser les politiques de pluralisme culturel*, Montréal, Éditions Québec-Amérique 2009 à la page 185.

¹³⁷ Le Juge en chef Reynato Puno, « Socio-economic Rights and Globalization », présenté au Manilla World Trade Center, 4 mai 2007, en ligne <http://sc.judiciary.gov.ph/speech/Socio-economic.htm#_ftn1>.

Le Juge Puno avait tenté de démontrer dans cet extrait l'importance de l'indivisibilité des droits fondamentaux ou pour reprendre les termes de la résolution 421 de l'Assemblée Générale de 1950, que les droits économiques, sociaux et culturels et les droits civils et politiques sont liés entre eux et se conditionnent mutuellement.

Malgré les divergences entre les relativistes et les universalistes, la Conférence mondiale des droits de l'Homme de 1993 a affirmé dans la Déclaration et Programme d'Action de Vienne : « Tous les droits de l'homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés »¹³⁸.

Et afin d'aménager certains États, ce paragraphe précise également l'importance des particularismes:

La communauté internationale doit traiter des droits de l'homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales.¹³⁹

Mais que signifie véritablement la formulation tripartite sur l'indivisibilité et l'interdépendance et l'interconnexion des droits humains?

Whelan nous rappelle que les termes **interdépendance**, **interconnexion** des droits humains avaient été utilisés dans le cadre de la rédaction de la DUDH, et que le mot **indivisibilité** a été utilisé dans les années 50, notamment dans le cadre des débats ayant mené à l'adoption des deux Pactes :

During those debates, the concept of indivisibility underwent a subtle but important transformation. (...) While it begun as a strong descriptive adjective relating to the fundamental unity of the rights in the Universal

¹³⁸ Déclaration et Programme d'Action de Vienne, *supra* note 97 par. 5.

¹³⁹ *Ibid*

Declaration, it quickly became a rhetoric deepened during the 1960s and 1970s, when it was deployed as a revisionist view of human rights, prioritizing economic, social, and cultural rights over civil and political rights. (...) Not until the 1990s did the rhetoric of indivisibility shift again. It was recast to include interdependency and interrelatedness in rhetoric of restoration of the spirit of the fundamental unity of the rights contained in the Universal Declaration of Human Rights.¹⁴⁰

Whelan prend d'ailleurs soin de définir ces trois concepts¹⁴¹. Il souligne que **l'interdépendance** des droits signifie que: « the enjoyment of any right or group of rights requires enjoyment of others »¹⁴², et **l'interconnexion** des droits est pour lui « about how human rights have been expressed institutionally »¹⁴³.

¹⁴⁰ Daniel J. Whelan, *Indivisible Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2010 à la page 2.

¹⁴¹ Notons que Peter Leuprecht ajoute un autre pilier fondamental à cette formulation, celui de la solidarité : « En effet, les droits humains ne peuvent être une réalité vivante sans la solidarité entre les membres et groupes d'une société, sans que ceux-ci se sentent responsables des droits des autres. ».

Peter Leuprecht, *supra* note 136, à la page 186.

Voir également José Manuel Pureza, *El patrimonio común de la humanidad : ¿hacia un derecho internacional de la solidaridad ?* Madrid, Trotta, 2002 à la page 19.

Carrillo Salcedo souligne d'ailleurs dans la préface de ce livre :

Esta dura realidad impide una respuesta adecuada a los problemas globales a que nos enfrentamos, y pone de manifiesto la urgente necesidad de que el Derecho internacional se transforme en un orden jurídico axiologicamente comprometido en la construcción de una comunidad de iguales, orientado por los valores de la solidaridad y la universalidad.

Le poète persan Saadi avait également écrit au 13ème siècle, dans le Gulistan (Jardin des roses) sur l'importance de cette solidarité humaine :

*Human beings are members of a whole, In creation of one essence and soul.
If one member is afflicted with pain, Other members uneasy will remain.
If you have no sympathy for human pain, The name of human you cannot retain.*

¹⁴² Whellan, *supra* note 140 à la page 4.

Nickel souligne par ailleurs au sujet du concept d'interdépendance : « (...) it was directed to countries endorsing most human rights while rejecting women's rights or rights of democratic participation as inappropriate to their societies. ».

Quant à ce qu'il qualifie de la rhétorique de l'indivisibilité, concept dont les graines ont été semées durant les débats concernant l'adoption des deux Pactes, ¹⁴⁴ Whelan s'intéresse aux différentes significations attribuées à ce terme. Il rappelle que la Proclamation de Téhéran de 1968 précise que « choosing civil and political rights and ignoring economic, social and cultural rights renders enjoyment of the former impossible », ¹⁴⁵ tandis que la Déclaration et Programme d'Action de Vienne de 1993 met l'accent sur deux points : « (...) one is about the equality of different categories of rights as rights (...); the second is about the nature of obligation on states- that they are universal despite differences and particularities between states ». ¹⁴⁶

Ferraz quant à lui considère que le concept de l'indivisibilité va plus loin étant donné :

Indivisibility (...) suggest that we have is not merely a connection, stronger or weaker, but rather something that cannot be separated from something else, without losing its essence meaning or function. Yet how do we apply this literal understanding of the meaning of indivisibility in the realm of human rights? ¹⁴⁷.

James Nickel, « Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights », (2008) 30 Hum Rts Q 984 à la page 985.

¹⁴³ Whelan, *supra* note 140 à la page 5.

¹⁴⁴ *Ibid* à la page 7.

¹⁴⁵ *Ibid* à la page 8.

Voir article 13 de la Proclamation de Téhéran. Whelan souligne à ce sujet que la Proclamation de Téhéran « subtly reflects U.N. politics on the question of international development at the time ».

¹⁴⁶ Nickel précise également:

Further concepts such as “interdependence,” “ support”, “ indispensability” and “ indivisibility” are more complex that they first appear, and the nature and strengths may vary by country. Such variation occurs because different countries, experience somewhat different threats to rights and use different means of implementation.

Nickel, *supra* note 142 à la page 987.

¹⁴⁷ Octavio Luiz Motta Ferraz , « Moving Beyond Rhetoric: A Critical Analysis of the Indivisibility of Human Rights » (3 août 2008), en ligne : [ssrn.com](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1294322)
< http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1294322 > à la page 3 .

Ferraz propose d'adopter une critique rigoureuse des droits humains, au lieu de faire du concept de l'indivisibilité une forme de résistance contre la thèse soutenant la différence entre les DESC et les DCP.¹⁴⁸ A cet égard, Ferraz fait siens les propos de David Kennedy qui souligne la nécessité d'une critique rigoureuse des droits de l'Homme, et précise:

(...) those concerned with the implementation of social rights should be more interested in attempting to clarify their content and in eliminating the controversies that surround them than in repeating the rhetoric of the indivisibility thesis.¹⁴⁹

Nous questionnons la vision de Ferraz qui considère que les DESC sont plus controversés et indéterminés que les DCP¹⁵⁰, mais nous partageons son point de vue sur la nécessité d'éviter ce qu'il qualifie de *sloganeering* des partisans des DESC. Cela étant précisé, nous considérons que la thèse de l'indivisibilité n'est pas un slogan pour esquiver le débat et éviter une critique rigoureuse. Cette thèse est un pilier fondamental de l'édifice des droits humains. Comme le souligne Peter Leuprecht : « Ce n'est que si tous ces droits lui sont garantis que l'être humain peut vivre dans la dignité ».

Nous estimons essentiel de clarifier le contenu des DESC et d'éliminer les controverses, et c'est pour cette raison que nous croyons qu'un mécanisme de protection des DESC, comme le nouveau Protocole, est essentiel afin de permettre au Comité de réussir dans cette entreprise.

¹⁴⁸ Ferraz souligne « The indivisibility thesis, thus, rather than a neat, logical and abstract doctrine is a historically and politically motivated resistance to another "thesis" that claims that these two types of rights are different in nature ».

Ibid à la page 4.

¹⁴⁹ *Ibid* à la page 21.

¹⁵⁰ *Ibid* à la page 20.

Qu'en est-il par ailleurs de l'universalité des droits humains associée au principe d'indivisibilité. Comme le souligne Fellous au sujet de ceux deux principes : « Si celle-ci est battue en brèche, celle-là perd de sa pertinence »¹⁵¹.

2.1.2 L'universalité des droits de l'Homme et ses ambiguïtés?

Quelques mois avant la tenue de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme de Vienne en 1993, des représentants des pays asiatiques¹⁵² ont adopté une déclaration sur les droits de l'Homme : la Déclaration de Bangkok. Ladite déclaration précisait à son paragraphe 8:

Recognize that while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds¹⁵³.

Ainsi face à l'universalité des droits de l'Homme, plus d'une trentaine de pays soulevaient la thèse du relativisme culturel¹⁵⁴. Ceci contrastait avec la déclaration et

¹⁵¹ Gérard Fellous, *Les droits de l'homme, une universalité menacée*, Paris, La documentation française 2010 à la page 13.

¹⁵² Bahrain, Bangladesh, Bhutan, Brunei Darussalam, Chine, Chypre, République populaire démocratique de Corée, Fiji, Inde, Indonésie, Iran, Iraq, Japon, Kiribati, Kuwait, Laos, Malaisie, Maldives, Mongolie, Myanmar, Népal, Oman, Pakistan, Papouasie Nouvelle-Guinée, Philippines, Corée, Samoa, Singapore, Iles Solomon, Sri Lanka, Syrie, Thaïlande, Émirats arabes unis, Vietnam.

¹⁵³ Final Declaration of the Regional Meeting for Asia of the World Conference on Human Rights par. 8 en ligne : < <http://law.hku.hk/lawgovtsociety/Bangkok%20Declaration.htm> >.

¹⁵⁴ Fellous définit le relativisme culturel comme : « un courant de pensée d'origine anthropologique repris par l'ethnologie et la sociologie : les cultures sont équivalentes et aucune ne peut s'arroger le droit de définir les valeurs d'une autre ni la juger. ».

Fellous, *supra* note 151 à la page 22.

Programme d'action de Vienne¹⁵⁵ qui pratiquement deux mois après la Déclaration de Bangkok précisait à son premier article que : « Le caractère universel de ces droits et libertés est incontestable », même si comme nous l'avons vu dans la partie précédente, on a tenté d'aménager les pays signataires en mentionnant les *particularismes*.

Les pays signataires de la Déclaration de Bangkok se sont fait le chantre du relativisme culturel, en tenant de bousculer la thèse de l'Universalité des droits de l'Homme. Est-ce que le relativisme culturel, religieux et même politique constitue une menace à l'universalité des droits de l'Homme ? Est-ce que le principe de l'universalité des droits de l'Homme est remis en cause plus de 60 ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme ? L'universalité est-elle une négation de la diversité culturelle, où au contraire, comme le soulève Mary Robinson, elle renforce et protège cette diversité.¹⁵⁶

La thèse de l'universalité des droits humains a été la cible de plusieurs critiques. Ainsi Marti Koskiennemi écrivait :

promouvoir l'universalité aujourd'hui s'apparente uniquement à une autre façon de persuader les autres d'accepter les préférences que je chéris, les arrangements sociaux que je considère importants. Mais, si mes préférences sont le produit historique et culturel de ma

Fellous traite d'ailleurs le relativisme culturel et religieux de virus : « Il s'agit bien d'un «virus», au sens informatique du terme, qui risque de faire exploser l'ensemble du corpus du droit international des droits de l'homme ». en ligne : Gérard Fellous, « Les droits de l'homme aux défis du XXI^{ème} siècle : Une universalité menacée » (2 août 2010) en ligne forumoslo.fede.org
<http://forumoslo.fede.org/textes/fr/Gerard_FELLOUS_Les_droits_de_Homme_aux_defis_du_XXI_siecle-FR.pdf> .

La référence mécanique à l'universalité dans le cadre de la conférence de Vienne de 1993 est peut-être due au défi lancé par les relativistes: « Because of the repeatedly articulated challenge from diverse sectors, reaffirmation of the universality of human rights had to be hammered into the Vienna Declaration again and again, almost to the point of redundancy ».

Christian M. Cerna , « Universality of Human Rights and cultural Diversity : Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts », (1994) 16 :4 Hum Rts Q 740 à la page 742.

¹⁵⁵ Adoptée par 171 États.

¹⁵⁶ Mary Robinson , « The Universality of Human Rights », Congrès international Weltachsen 2000, présenté au Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität Bonn, 11 novembre 1999 en ligne: <http://www.zei.de/download/zei_dp/dp_c69_weltachsen.PDF> .

propre société, au nom de quoi puis-je critiquer des pratiques que je trouve inacceptables dans d'autres sociétés? Existe-t-il quelque chose entre l'impérialisme et l'indifférence totale?¹⁵⁷

Plus acerbe, Mutua précise, dans son plaidoyer contre le concept de l'Universalité des droits de l'Homme, le caractère eurocentriste¹⁵⁸ du corpus des droits de l'Homme, et questionne la neutralité du langage universel des droits de l'Homme¹⁵⁹, tout en contestant

¹⁵⁷ Koskeniemi, *supra* note 118 à la page 216.

¹⁵⁸ Leuprecht répond à cette affirmation en précisant que :

(...) les droits de l'homme ne sont pas une invention du monde occidental. Ils n'ont pas surgi subitement du néant en Amérique du Nord et en Europe à la fin du 18^{ème} siècle. L'idée de dignité humaine est présente chez Confucius et Mencius dans la Chine ancienne .

Peter Leuprecht, allocution de clôture, Diversité culturelle et droits de l'homme Troisième Colloque international des Droits de l'Homme présenté à Athènes, (2008) III Annuaire international des droits de l'Homme III 446 à la page 447.

Abtahi avait également précisé dans son analyse de la Proclamation de Cyrus le Grand (559 av. J.C à 529 av. J.C.)

Thus, while modern democracy and human rights are fundamentally complementary to each other, it is interesting to consider how and to what extent thirty years before the official birth of the Athenian Democracy human rights were conceptualised outside the European continent in Western Asia, in Cyrus' Proclamation.

H. Abtahi, « Reflection on the Ambiguous Universality of Human Rights: Cyrus the Great's Proclamation as a Challenge to the Athenian Democracy's Perceived Monopoly on Human Rights » (2008) 36:1 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 55 à la page 57.

Fellous précise d'ailleurs que les droits et libertés proclamés par Cyrus sont :

considérés par les spécialistes comme plus avancés et plus profonds que les déclarations des droits de l'homme des XVIII^e et XIX^e siècles. Kourash (sic) affirme en effet : “ Je respecte la religion, la foi et les coutumes des peuples dont je suis roi et je m'engage à interdire aux gouverneurs et à mes subordonnés de mépriser ou d'outrager la religion...J'interdis à quiconque d'opprimer les autres et je défends le droit de tout opprimé à l'égard de l'opresseur que je punirai...

Fellous, *supra* note 151, à la page 37.

¹⁵⁹ Mutua souligne également : « These fictions of neutrality and universality like so much else in a lopsided world undergird the human rights corpus and belie its true identity and purposes. »

la vision de la *bonne société*¹⁶⁰. Mutua précise que les atrocités liées à l'esclavage et à la colonisation n'étaient pas suffisantes pour inciter l'Ouest à créer un mouvement des droits humains. Il soutient qu'il a fallu attendre les horreurs subies par les Juifs durant la seconde mondiale pour codifier et universaliser les droits humains, en créant le concept de responsabilité collective à l'égard des droits humains.¹⁶¹

Beaucoup d'experts divergent cependant de cette conception de l'Universalité et mettent en garde contre les dangers qui guettent¹⁶². Delmas-Marty précise que : « le processus "d'universalisation" ne tend pas à la diffusion d'un modèle unique, à partir d'un point unique, mais plutôt à l'émergence en divers points d'une même volonté de reconnaître des droits communs à tous les êtres humains »¹⁶³. Cette volonté est le ferment de ce que Boutros-Ghali qualifie de : « L'irréductible humain » c'est-à-dire la quintessence des valeurs pour lesquelles nous affirmons, ensemble, que nous sommes une communauté humaine».¹⁶⁴

Makau Mutua, « Savages, Victims, and Saviors : The Metaphor of Human Rights » (2001) 42:1 Harv Int'l L J 201 à la page 206.

¹⁶⁰ *Ibid* à la page 207.

¹⁶¹ *Ibid* à la page 211.

¹⁶² Li souligne au sujet du relativisme asiatique : « If Asian cultural relativism prevails, there can be no universal standards to adjudicate between competing conceptions of human rights ».

Xiarong LI, « Asia Values and the Universality of Human Rights », (1999) 102:1 Business and Society Review 103 à la page 85.

¹⁶³ Mireille Delmas-Marty, « L'universalité des droits de l'Homme », en ligne :

< http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/entrees-thematiques_830/droits-homme_1048/60eme-anniversaire-declaration-universelle-droits-homme_18925/colonne-droite_18938/universalite-droits-homme_18942/universalite-droits-homme_63114.html>.

¹⁶⁴ Voir Préface de Boutros-Ghali .

Fellous, *supra* note 151.

Nous avons encore beaucoup de chemin avant d'atteindre l'idéal véhiculé il y a plus de 60 ans, et qui visait à reconnaître la dignité de tous les membres de la famille humaine¹⁶⁵. Il n'en demeure pas moins que cet idéal de l'universalité des droits fondamentaux est primordial, et face à la vision individualiste des droits de l'Homme, face aux relativismes culturels et religieux, "il est encore pour l'essentiel à construire."¹⁶⁶

Norbert Rouland précise deux conditions afin que cette construction de l'universalité soit effective :

Nous restons cependant convaincus que l'universalité des droits de l'Homme ne se décrète pas : elle se construit, lentement et sûrement. De plus, cette construction requiert deux conditions. La première : les cultures doivent pouvoir se nourrir les unes des autres ; pour ce faire, elles doivent se reconnaître mutuellement et il ne faut pas que l'on s'étonne si des divergences se font jour au cours de ces échanges. La deuxième : il faut, de part et d'autre, afficher une volonté de dépasser certaines spécificités pour mettre en avant les points d'accord plutôt que de discorde. Ce serait une erreur fatale que d'écarter une de ces deux conditions : toute volonté de dialogue, même imparfait, doit être soutenue. Ce n'est en effet qu'au prix d'un travail et d'un effort importants que l'universalité des droits de l'Homme deviendra effective dans chaque société.¹⁶⁷

Le nouveau protocole au PIDESC sera un instrument utile dans le cadre de cette construction. En clarifiant les obligations des États, les décisions du Comité des DESC pourront sonner le glas de l'asymétrie artificielle entre les DESC et les DCP, et contribueront à faire tomber les cloisons entre droits collectifs et individuels. Comme le souligne Peter Leuprecht : « Il y a lieu de penser que la garantie de certains droits collectifs est indispensable pour l'épanouissement de l'être humain, être social, et pour la

¹⁶⁵ Fellous soulignait à cet égard : « Cette prise en compte de l'homme comme « *mesure de toutes choses* » trouve ses racines philosophiques dans la conscience universelle, et appartient en héritage indivis à toutes les civilisations et toutes les religions, soulignait le professeur Emmanuel Decaux».

Ibid à la page 147.

¹⁶⁶ Delmas-Marty, *supra* note 163.

¹⁶⁷ Norbert Rouland, « A propos des droits de l'homme : un regard anthropologique » janvier – décembre 2003 en ligne : < <http://www.droits-fondamentaux.org/spip.php?article78> >.

réalisation d'une effective et véritable universalité des droits humains en tant que droits de tout l'être humain et de tous les êtres humains sans exclusion.»¹⁶⁸

2.2 La contribution des instruments internationaux, régionaux et nationaux de protection des droits de la personne

Albie Sachs, alors juge à la Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud avait souligné en 2000 :

“I believe that 21st-century jurisprudence will focus increasingly on socio-economic rights. (...) There is a growing acceptance all over the world that certain core fundamental values of a universal character should penetrate and suffuse all governmental activity, including the furnishing of the basic conditions for a dignified life for all.”¹⁶⁹

L'histoire semble avoir donné raison au juge Sachs. Les années qui ont précédé l'adoption du nouveau Protocole du PIDESC ont été le théâtre de l'émergence d'une jurisprudence nationale, régionale et même internationale des DESC. Cette émergence a constitué une contribution certaine à la justiciabilité et à une meilleure protection des DESC. Des experts nationaux, régionaux et internationaux avaient d'ailleurs été invités

¹⁶⁸ Peter Leuprecht, *supra* note 135 à la page 195.

Notons que Mutua reconnaît tout de même :

A certain degree of human universality is inevitable and desirable.” même s'il rajoute l'importance notamment des éléments constitutifs de l'universalité : “But what universality is, what historical and cultural stew it is made of, and how it is accomplished make all the difference.

Mutua, *supra* note 159 à la page 219.

¹⁶⁹ A. Sachs, « Social and Economic Rights: Can they be Made Justiciable? » (2000) 53 SMUL Rev.1381 à la page 1387.

lors des travaux du Groupe de travail qui a rédigé le PF-PIDESC et ont partagé leur expérience avec les membres.

Les leçons que l'on peut tirer de ces expériences permettent d'extrapoler le parcours que devrait prendre le nouveau Protocole afin de devenir un instrument utile contre les violations des DESC.

Nous nous limiterons dans cette partie aux contributions du Comité des droits de l'Homme, des systèmes européen et interaméricain, tout en nous intéressant brièvement aux expériences sud-africaines et indiennes, qui offrent des exemples intéressants de justiciabilité des DESC. Signalons cependant que d'autres forums¹⁷⁰ ont également contribué grandement à la reconnaissance des DESC et constituent d'autres reflets de leur justiciabilité grandissante.

¹⁷⁰ Citons à titre d'exemple la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples dont une grande particularité est de reconnaître sans ambiguïté l'indivisibilité des droits fondamentaux. Le Préambule de ladite Charte précise d'ailleurs :

Convaincus qu'il est essentiel d'accorder désormais une attention particulière au droit au développement; que les droits civils et politiques sont indissociables des droits économiques, sociaux et culturels, tant dans leur conception que dans leur universalité, et que la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels garantit la jouissance des droits civils et politiques.

Chirwa souligne cependant : « The strength of the African at the normative level has not been matched by its enforcement mechanisms ».

Danwood Mzikenge Chirwa, « African Regional Human Rights System: The Promise of Recent Jurisprudence on Social Rights », dans Malcolm Langford dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, 323 à la page 338.

Précisons également que plusieurs autres comités onusiens : le Comité contre la Torture, le Comité contre la discrimination à l'égard des femmes, le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale ont apporté une contribution importante à la justiciabilité des DESC.

2.2.1 La contribution du Comité des droits de l'Homme

Avec plus de trois décennies d'expérience, le Protocole du PIDCP sert de référence à notre réflexion. L'analyse de ses décisions et de ses constatations nous apporte une contribution très utile, étant donné l'indivisibilité et l'interdépendance des DCP et des DESC. On retrouve d'ailleurs des dispositions similaires dans le PIDESC et le PDCP : l'article 1 sur le droit à l'autodétermination est en tous points similaires dans les deux Pactes, et d'autres droits que l'on retrouve dans le PIDCP sont également des DESC : le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit à la liberté d'association, de la constitution de syndicat, le droit à la liberté linguistique, religieuse et culturelle.

Depuis sa mise en vigueur en 1976 du PF-PIDCP, le Comité des droits de l'homme a traité des milliers de communications¹⁷¹, relatives à beaucoup de pays, tout en faisant l'objet de beaucoup de critiques. Ces critiques, que ce soit au niveau de la lenteur de la prise des décisions, des problèmes liés aux suivis des constatations, de l'absence de représentations orales, ou de l'interprétation des experts de certaines notions, pourront d'ailleurs constituer des éléments de réflexion importants à notre analyse du PF-PIDESC.

Plusieurs décisions du Comité des droits de l'Homme confirment le concept d'indivisibilité et d'interdépendance entre les DESC et les DCP et démontrent l'approche novatrice qu'adopte le Comité des droits de l'Homme afin de traiter les DESC. L'article

¹⁷¹ Martin Scheinin membre du Comité des droits de l'Homme avait au sujet de la procédure de plainte individuelle du Comité des droits de l'Homme :

(...) cette procédure n'avait pas abouti à une prolifération de plaintes en raison de la rigueur des critères de recevabilité et que les plaintes visaient aussi bien des pays développés que des pays en développement.(...) le Comité des droits de l'homme avait défini plusieurs composantes des droits économiques, sociaux et culturels susceptibles d'être invoqués en justice.

26 du PIDCP¹⁷² a d'ailleurs donné ouverture à plusieurs communications basées sur des violations des DESC.

Ainsi dans le cadre de la décision *F. H. Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*¹⁷³, où il était allégué que la législation néerlandaise¹⁷⁴ discriminait les femmes mariées en ce qui a trait aux allocations de chômage, le Comité des droits de l'Homme a clarifié le champ d'application de l'article 26 du PIDCP. En effet contrairement aux arguments du gouvernement Hollandais qui soutenait:

The Netherlands Government takes the view that article 26 of the Covenant does entail an obligation to avoid discrimination, but that this article can only be invoked under the Optional Protocol to the Covenant in the sphere of civil and political rights. Civil and political rights are to be distinguished from economic, social and cultural rights, which are the object of a separate United Nations Covenant, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. (...)The Government considers it incompatible with the aims of both the Covenants and the Optional Protocol that an individual complaint with respect to the right of social security, as referred to article 9 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, could be dealt with by the Human Rights Committee by way of an individual complaint under the Optional Protocol

¹⁷² Article 26 du PIDCP souligne :

Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.

¹⁷³ Le Comité des droits de l'Homme, *Zwaan-de Vries c. Pays-Bas*, 9 avril 1987 CCPR/C/29/D/182/1984.

Voir également la décision du Comité des droits de l'Homme *Broeks c. The Netherlands*, 9 avril 1987, CCPR/C/OP/2 (1990). On peut mentionner également *Ibrahim Gueye et al. c. France*, 6 avril 1989, CCPR/C/35/D/196/1985. Dans cette dernière affaire, le comité a dû se pencher sur les anciens combattants sénégalais qui avaient servis pour la France et qui recevaient des pensions inférieures à celles dont bénéficient les militaires de carrière retraités de nationalité française. La France a tenté en vain d'utiliser le même argumentaire que les Pays Bas dans *Zwaan-de Vries* en soulignant que la communication était mal fondée car elle concernait essentiellement des droits qui ne sont pas énoncés dans le Pacte.

¹⁷⁴ Article 13 1(1) du Wet Werkloosheids Voorziening.

based on article 26 of the international Covenant on Civil and Political Rights.¹⁷⁵

Le Comité des droits de l'Homme a écarté dans son raisonnement l'interprétation du gouvernement Hollandais en précisant :

The Committee is of the view that the International Covenant on Civil and Political Rights would still apply even if a particular subject-matter is referred to or covered in other international instruments, for example the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, or, as in the present case, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Notwithstanding the interrelated drafting history of the two Covenants, it remains necessary for the Committee to apply fully the terms of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Committee observes in this connection that the provisions of article 2 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights do not detract from the full application of article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights.¹⁷⁶

En privilégiant une telle approche le Comité des droits de l'Homme a non seulement évité de limiter la portée de l'article 26 du PDCP, mais a confirmé l'indivisibilité et la justiciabilité de tous les droits fondamentaux. Le Comité des droits de l'Homme a d'ailleurs clairement précisé au paragraphe 12 de l'Observation générale numéro 18 du 10 novembre 1989 que « l'application du principe de non-discrimination énoncé à l'article 26 n'est pas limitée aux droits stipulés dans le Pacte »¹⁷⁷.

¹⁷⁵ *Ibid* par. 8.3.

¹⁷⁶ *Ibid* par. 12.1.

¹⁷⁷ Le Comité des droits de l'Homme a souligné :

De l'avis du Comité, l'article 26 ne reprend pas simplement la garantie déjà énoncée à l'article 2, mais prévoit par lui-même un droit autonome. Il interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. L'article 26 est par conséquent lié aux obligations qui

Dans une autre affaire, *Edward Young c. Australie*¹⁷⁸, le Comité a également décidé en 2003 que l'État partie avait violé l'article 26 du PIDCP, en refusant à l'auteur de la communication une pension en raison de l'orientation sexuelle¹⁷⁹.

Ces quelques décisions constituent des références utiles pour le nouveau Protocole et a déjà eu un impact sur le Comité des DESC. Comme le soulignent Scheinin et Langford : «Indeed, the CESCR has already borrowed the test of reasonable and objective criteria and the distinction between direct and indirect discrimination from the Human Rights Committee in its draft General Comment on non-discrimination (...)»¹⁸⁰.

Le Comité des droits de l'Homme a donc réussi à se pencher sur des allégations de violations des DESC, les analyser et faire des recommandations aux États parties. Ceci démontre une fois de plus l'invocabilité des DESC devant un organe quasi judiciaire international, et confirme la possibilité pour le Comité des DESC d'analyser des communications alléguant des violations des DESC. Le Comité des DESC aura le

sont imposées aux États parties en ce qui concerne leur législation et l'application de celle-ci. Ainsi, lorsqu'un État partie adopte un texte législatif, il doit conformément à l'article 26, faire en sorte que son contenu ne soit pas discriminatoire.

¹⁷⁸ Le Comité des droits de l'homme, *Edward Young c. Australie*, 6 août 2003, CCPR/C/78/D/941/2000.

¹⁷⁹ En vertu du Veteran Entitlement Act, afin de recevoir la pension, il était nécessaire pour le dépendant de démontrer qu'il est :

(a) the person is legally married to another person and is not living separately and apart from the other person on a permanent basis; or (b) all of the following conditions are met:

(i) the person is living with a person of the opposite sex (in this paragraph called the partner);
(ii) the person is not legally married to the partner;
(iii) the person and the partner are, in the Commission's opinion (...), in a marriage-like relationship;
(iv) the person and the partner are not within a prohibited relationship for the purposes of Section 23 B of the Marriage Act 1961.

L'Australie a amendé sa législation quelques années plus tard pour se conformer à la décision du Comité des droits de l'Homme.

¹⁸⁰ Martin Scheinin et Malcolm Langford « Evolution or Revolution? Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 97 à la page 106.

mandat complexe de clarifier les obligations des États parties et de constater à la lumière de son raisonnement juridique si l'État partie a respecté ses engagements. Dans la même logique et étant donné l'indivisibilité des droits, le Comité des DESC pourra également se pencher sur des questions liées aux DCP dans le cadre des communications qu'elle recevra.

2.2.2 Les approches à la carte : l'expérience européenne et interaméricaine

2.2.2.1. L'expérience européenne

En réponse à l'argument précisant que la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH) ne protégeait que les droits civils et politiques, le fameux arrêt *Airey c. Irlande* de 1979 de la Cour Européenne des droits de l'Homme avait précisé en 1979 au sujet de ladite Convention :

(...) Or si elle énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social. Avec la Commission, la Cour n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention.¹⁸¹

Il n'en demeure pas moins que la Cour européenne des droits de l'Homme est restée plutôt hésitante dans son traitement des questions touchant au DESC, ayant même tendance « à ménager une marge d'appréciation aux États dans le respect de certains droits »¹⁸².

Clement et Simmons expliquent cette hésitation par le fait que les questions litigieuses liées aux DESC sont : « frequently controversial, politically charged and above all

¹⁸¹ *Airey c. Irlande*, (1979), 32 Cour Eur DH (Sér A) 1 au par. 26.

¹⁸² Peter Leuprecht et Olivier Delas, « Cinquante ans de Convention Européenne des droits de l'Homme La Convention Européenne : Un chef d'œuvre en péril ? » (2000) 13 :1 RQDI VI à la page VII.

generally very difficult. »¹⁸³. Ces auteurs soulignent cependant que « (...) there are signs that the Court is, very slowly, beginning to be more coherent and surefooted in its human rights analysis of this 'hard cases' »¹⁸⁴. Mais est-ce que les victimes peuvent se permettre d'attendre ?

Au lieu d'incorporer les DESC dans la Convention Européenne des droits de l'Homme, en vertu des principes d'interdépendance et d'indivisibilité des droits fondamentaux, le Conseil de l'Europe, peut-être inspiré par l'asymétrie existant dans le système onusien entre les DESC et les DCP, adopta en 1961, la Charte Sociale Européenne¹⁸⁵ (CSE).

La CSE établit un organe de contrôle, le Comité européen des Droits sociaux pour s'assurer du respect des droits¹⁸⁶. Or contrairement aux "privilèges réservés" aux DCP, la procédure mise en place par la Charte sociale ne permet de saisir le Comité européen des droits sociaux que dans le cadre d'une procédure de réclamation collective¹⁸⁷. Comme le souligne Brillat : « Le Conseil de l'Europe continue de traiter les droits sociaux différemment des droits civils et politiques. »¹⁸⁸.

¹⁸³ Luke Clements et Alan Simmons, « European Court of Human Rights: Sympathetic Unease » dans Malcolm Langford dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008, 409 à la page 426.

¹⁸⁴ *Ibid* à la page 427.

¹⁸⁵ *Charte Sociale Européenne*, 18 octobre 1961, STCE no 35 ; *Charte Sociale Européenne révisée*, 3 mai 1996, STCE no 163.

¹⁸⁶ Notons également que le Comité des ministres du Conseil de l'Europe veille au respect des décisions du Comité européen des Droits sociaux, en s'assurant de la mise en conformité.

¹⁸⁷ Soulignons que le Comité européen des droits sociaux adopte des *conclusions* dans le cadre du système de rapports nationaux.

¹⁸⁸ Régis Brillat, « La Charte Sociale Européenne » dans Pierre Bosset et Lucie Lamarche dir, *Donner droit de cité aux droits économiques, sociaux et culturels: la Charte québécoise en chantier*, [à paraître en 2011] 489 à la page 495.

Une particularité est que l'État ratifiant la Charte Sociale Européenne aura la possibilité de se considérer liée que par certaines dispositions, et au moins par six des neuf articles de la partie II de la Charte sociale. Cette option à la Carte qui n'a pas été retenue lors de l'adoption du nouveau Protocole au PIDESC, semble avoir pour but, comme le souligne Brillat : « (...) que tous les États parties acceptent, progressivement, l'ensemble des obligations du traité comme c'est le cas pour l'ensemble des protocoles à la Convention européenne des droits de l'homme »¹⁸⁹.

Il est intéressant de noter que le Comité Européen des droits sociaux avait fait part de sa position sur ce point dans l'affaire *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*¹⁹⁰. Le MDAC alléguait dans cette affaire que la situation en Bulgarie viole certaines dispositions¹⁹¹ de la Charte sociale européenne révisée, dans la mesure où les enfants qui vivent dans les foyers pour enfants handicapés mentaux en Bulgarie ne reçoivent pas d'éducation. Dans l'analyse de la recevabilité, le Comité Européen des droits sociaux, en réponse à l'argument de la Bulgarie à l'effet qu'elle n'était pas liée par la disposition que la MDAC soulevait, mais par une autre disposition, souligna :

La Charte a été conçue comme un tout et ses dispositions se complètent en se chevauchant partiellement. Il est impossible de délimiter le champ d'application matérielle de chaque article ou paragraphe d'une manière étanche. Il incombe dès lors au Comité de veiller tout à la fois à ne pas imposer aux États des obligations relevant d'articles qu'ils n'ont pas entendu accepter et à ne pas amputer d'éléments essentiels de leur portée les dispositions

¹⁸⁹ *Ibid* à la page 500.

¹⁹⁰ Comité européen des droits sociaux, *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, 3 juin 2008, Réclamation n°41/2007.

¹⁹¹ Article 17 par. 2 seul et en combinaison avec l'article E de la Charte sociale européenne révisée.

d'articles acceptés portant des obligations susceptibles de résulter également d'autres articles non acceptés. (...) ¹⁹².

L'apport de la jurisprudence du Comité des Droits sociaux est significatif. Elle a réussi dans le cadre de plusieurs décisions à clarifier les obligations des États parties ¹⁹³. Peut-être son succès réside dans le fait que « le Comité interprète les droits énoncés dans la Charte non pas comme des « droits sociaux » mais comme des droits de l'homme » ¹⁹⁴.

Walter Schwimmer, alors Secrétaire Général du Conseil de l'Europe se demandait il y a plus de 10 ans ¹⁹⁵:

D'un point de vue fondamental n'est-il pas temps de repenser notre classification traditionnelle des droits de l'Homme, L'Europe peut-elle continuer d'être crédible et se prétendre l'Europe des droits de l'Homme tant que les questions sociales sont considérées en terme de problèmes sociaux, d'amalgame de difficultés et d'obstacles, et non pas en tant que caractéristiques naturelles de la vie de toute société, indissociablement liées à la dignité de chacun de ses membres.

¹⁹² Comité européen des droits sociaux, *Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie*, Décision sur la recevabilité 26 juin 2007 au par. 9.

¹⁹³ Voir à titre d'exemple Comité européen des droits sociaux, *Autisme Europe c. France*, 4 novembre 2003, réclamation no 13/2002, où le Comité avait précisé aux sujets des obligations incombant aux États parties :

Lorsque la réalisation de l'un des droits en question est exceptionnellement complexe et particulièrement onéreuse, l'État partie doit s'efforcer d'atteindre les objectifs de la Charte à une échéance raisonnable, au prix de progrès mesurables, en utilisant au mieux les ressources.

au par. 53.

¹⁹⁴ Brillat, *supra* note 188 à la page 514.

¹⁹⁵ Walter Schwimmer, « Cinquante ans de Convention européenne des droits de l'Homme: Un chef d'œuvre en péril ? » (2000) 13 :1 RQDI 1 à la page 12.

Ces questionnements sont malgré certains progrès toujours d'actualité. Est-ce que la fusion de la *Charte* et de la *Convention* ou la création d'une Cour européenne des droits sociaux proposés par Brillat¹⁹⁶ pourra mettre un terme à l'asymétrie artificielle dans le traitement des droits fondamentaux ? Peut-être que la mise en vigueur du PF-PIDESC pourra inspirer le Conseil de l'Europe.

2.2.2.2 Le régime interaméricain de protection des DESC

L'année de la naissance de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, marquait également l'année de la création de l'Organisation des États Américains (OEA). L'OEA a adopté très rapidement : la Charte de l'organisation des États américains¹⁹⁷, et la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme¹⁹⁸. Afin de veiller au respect des droits, l'OEA dispose de plusieurs organes de contrôle : la Commission interaméricaine des droits de l'Homme (CIDH) créée en 1953 et qualifiée de "moteur"¹⁹⁹

¹⁹⁶ Brillat, *supra* note 188 à la page 520.

¹⁹⁷ *Charte de l'Organisation des États américains*, 1948, 119 R.T.N.U. 3, modifiée par 721 R.T.N.U. 324.

Cette charte souligne notamment à l'article 34 que les États membres conviennent de déployer tous les efforts pour atteindre les objectifs suivants :

- a. Accroissement substantiel et auto soutenu du produit national par habitant; b. Distribution équitable du revenu national; (...) h. Eradication rapide de l'analphabétisme et éducation mise à la portée de tous; i. Défense du potentiel humain moyennant le développement et l'application des connaissances médicales modernes; j. Alimentation équilibrée, grâce surtout à l'intensification des efforts nationaux en vue d'augmenter la production et les disponibilités alimentaires; k. Logement adéquat pour tous les secteurs de la population; l. Aménagement des villes, de telle sorte qu'une existence saine, productive et digne y soit possible; m. Encouragement de l'initiative et des investissements privés, en harmonie avec l'action du secteur public (...)

¹⁹⁸ Déclaration qui garantit notamment certains DESC : le droit à la préservation de la santé et de son bien-être, le droit à l'éducation, le droit aux bienfaits de la culture, le droit au travail dans des conditions dignes, droit à la sécurité sociale.

¹⁹⁹ Tara Melish, «The Inter-American Commission on Human Rights: Defending Social Rights Through Case-Bases Petition» dans Malcolm Langford dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008 339 à la page 1.

du système interaméricain des droits de l'Homme. La CIDH peut porter les affaires devant la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

En 1969 la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme²⁰⁰ (*Convention*) fut adoptée, et énumère les obligations des États et les droits à protéger. L'article 26 de la Convention traite des DESC et souligne :

Les États parties s'engagent, tant sur le plan intérieur que par la coopération internationale - notamment économique et technique - à prendre des mesures visant à assurer progressivement la pleine jouissance des droits qui découlent des normes économiques et sociales et de celles relatives à l'éducation, la science et la culture, énoncées dans la Charte de l'Organisation des États Américains, réformée par le Protocole de Buenos Aires, ce, dans le cadre des ressources disponibles, et par l'adoption de dispositions législatives ou par tous autres moyens appropriés.

Dans l'affaire *Milton Garcia Fajardo c Nicaragua*²⁰¹, concernant la violation des droits des travailleurs Nicaraguayens, la CIDH précisa dans son analyse de l'application de l'article 26 de la Convention :

The Commission finds that the economic rights of the customs workers fall within the framework of protection of the economic, social and cultural rights shielded by the American Convention in Article 26. The violations of the workers' rights are plain in terms

Melish souligne d'ailleurs à l'égard du CIDH : « Tough still in its relative infancy, the economic social and cultural rights jurisprudence of the commission is beginning to mature as advocates presents an ever-widening array of cases and arguments before it. »

Ibid à la page 341.

Melish souligne que la CIDH reçoit aujourd'hui environ 1400 plaintes par année.

²⁰⁰ *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 22 novembre 1969, 1144 R.T.N.U. 123, O.A.S.T.S. No. 36 (entrée en vigueur: 18 juillet 1978).

²⁰¹ *Milton Garcia Fajardo c Nicaragua* (2001), Inter-Am. Comm. H.R. No. 11.381, *Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2001*, OEA/Ser./L/V/II.114/Doc.

of the principles of legality and retroactivity, and of protection of judicial guarantees. The violations on the part of the State of Nicaragua caused economic harm to, and infringed the social rights of, the petitioners.²⁰²

et

The Commission finds that in the instant case, the Nicaraguan State, instead of adopting measures with the purpose of achieving the progressive development of the customs workers, sought to curtail their rights, thereby causing grave injury to their economic and social rights.²⁰³

La CIDH conclut que le Nicaragua avait violé certains DESC de Milton Garcia Fajardo et de 141 de ses collègues. Mais comme le souligne Duhaime :

Toutefois, la Commission ne précisa que le fait qu'elle considérait que les droits économiques des travailleurs tombaient dans le champ protégé par l'article 26, parce que les violations précitées avaient occasionné des dommages aux droits économiques et sociaux des travailleurs et que l'État, plutôt que d'adopter des mesures progressives, avait adopté des mesures qui visaient spécifiquement à réduire ou restreindre ces droits.²⁰⁴

Mais cette approche changea quelques années plus tard. En effet dans le cadre de l'affaire *Cinco Pensionistas c Pérou*²⁰⁵, concernant cinq employés du gouvernement Péruvien dont les pensions avaient été arbitrairement réduites en 1992, la Cour interaméricaine des droits de l'homme précisa aux paragraphes 147 et 148 de sa décision que :

²⁰² *Ibid* Par. 95.

²⁰³ *Ibid* Par. 101.

²⁰⁴ Bernard Duhaime , « Le système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité », (2006) 44 ACDI 95 à la page 140.

²⁰⁵ Affaire *Cinco Pensionistas (Pérou)* (2003), Inter-Am. Ct. H.R (Sér. C) No. 98.

Economic, social and cultural rights have both an individual and a collective dimension. This Court considers that their progressive development, about which the United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights has already ruled, should be measured in function of the growing coverage of economic, social and cultural rights in general, and of the right to social security and to a pension in particular, of the entire population, bearing in mind the imperatives of social equity, and not in function of the circumstances of a very limited group of pensioners, who do not necessarily represent the prevailing situation.

It is evident that this is what is occurring in the instant case; therefore, the Court considers that it is in order to reject the request to rule on the progressive development of economic, social and cultural rights in Peru, in the context of this case.

Les jugements et décisions qui ont suivi l'affaire *Cinco Pensionarios*²⁰⁶ n'ont cependant pas permis d'établir un courant jurisprudentiel clair quant à l'application de l'article 26 de la Convention. Melish souligne d'ailleurs:

²⁰⁶ Ainsi dans l'affaire *Jesus Manuel Naranjo Cardena y otros c Venezuela*, No. 70/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 en 590, la Commission a jugé recevable la pétition notamment en vertu de l'article 26 de la Convention et a souligné à cet égard au par. 46:

El artículo 26 de la Convención Americana contempla de manera genérica a la protección de los derechos económicos sociales y culturales. Por su parte, la Declaración Americana en su artículo XVI establece de manera específica el derecho a la seguridad social. Los peticionarios alegaron la violación tanto del artículo 26 de la Convención como la violación del artículo XVI de la Declaración. En el presente caso, la Comisión estima que tiene competencia *ratione materiae* respecto de los alegatos sobre las presuntas violaciones a la garantía del derecho a la seguridad social en virtud de lo establecido por el artículo 26 de la Convención Americana.

Duhaime souligne également que :

Mais l'ambiguïté quant aux conséquences de la décision *Cinco pensionistas c. le Pérou* est encore plus apparente depuis le printemps 2009, alors que la Commission rendit une décision qui semble remettre en question les fondements même de la doctrine proposée par la Cour six ans plus tôt. En effet, dans l'affaire de l'*Association nationale des anciens employés de l'Institut péruvien de la sécurité sociale c. le Pérou*, une affaire semblable à *Cinco pensionistas*, la majorité de la Commission décida non seulement de considérer les allégations

The main impediment to the further advance of the Commission's work rests in its continuing vacillation around the legal obligations attaching to economic, social and cultural rights under Article 26 of the Convention. Once accepted that the legal obligations attaching to human rights claims do not differ according to subjective classifications of rights as civil, cultural, economic, political or social, the effective regional protection of social rights in the Americas will have a broad and steadfast horizon.²⁰⁷

Par ailleurs il est intéressant de noter que la CIDH semble également privilégier l'approche indirecte de la judiciarisation des DESC, ou les auteurs de la pétition allèguent des violations des droits civils et politiques qui comme le soulève Duhaime : “comportent ou “ intègrent” des composantes ou des “éléments” semblables à ceux des DESC.”²⁰⁸

Mais le principal instrument relatif aux DESC dans le système interaméricain est le Protocole de San Salvador²⁰⁹, adopté en novembre 1988 et qui prévoit deux mécanismes de protection que l'on retrouve à son article 19. Le premier mécanisme de contrôle étant l'évaluation des rapports périodiques des États parties au Protocole, sur les mesures

de violation de l'article 26, mais elle proposa un nouveau test pour en faire l'analyse sur le fond.

Bernard Duhaime, « L'OÉA et le Protocole de San Salvador : suivre les indications de la carte, ou emprunter les chemins de traverse ? », dans Pierre Bosset et Lucie Lamarche dir, *Donner droit de cité aux droits économiques, sociaux et culturels: la Charte québécoise en chantier*, [à paraître 2011] 363 à la page 392.

²⁰⁷ Melish, *supra* note 199 à la p. 37.

²⁰⁸ Duhaime, *supra* note 204 à la page 143.

Voir à cet égard : *Affaire Baena-Ricardo et al. (Panama)* (2001), Inter-Am Ct H R (Sér. C) no. 104.

²⁰⁹ Protocole additionnel à la Convention américaine des droits de l'homme sur les droits économiques, sociaux et culturels, 17 novembre 1988, S.T.O.É.A no 69 (entrée en vigueur: 16 novembre 1999).

progressives que les États ont prises afin d'assurer le respect des droits consacrés par le Protocole, et le second moyen de protection étant la possibilité de déposer des plaintes individuelles pour des violations de droits syndicaux et des droits à l'éducation.

Le système interaméricain a adopté une approche novatrice dans la protection et la judiciarisation²¹⁰ des DESC et malgré des vacillations, des réticences et des hésitations, il a réussi à montrer la possibilité d'invoquer les DESC devant un forum quasi-judiciaire ou judiciaire. Par ailleurs les indicateurs de résultats pour évaluer l'action étatique et la « réanimation de la procédure de rapports périodiques issue du Protocole »²¹¹ sont d'autres pistes permettant au système interaméricain d'améliorer le système de protection des DESC.

2.2.3 Les approches nationales : les modèles sud-africain et indien

La protection des droits fondamentaux a une résonance particulière en Afrique du Sud notamment en raison de la politique de l'apartheid mise en place l'année de l'adoption de la DUDH, et abolie en 1994. Lors des débats juridiques au sujet de l'adoption de la nouvelle constitution Sud-Africaine, la Cour Constitutionnelle avait précisé son opinion sur la judiciarité des DESC en soulignant :

(...) we are of the view that these rights are, at least to some extent, justiciable. As we have stated in the previous paragraph, many of the civil and political rights entrenched in the NT will give rise to similar budgetary implications

²¹⁰ Comme le souligne Yamon : « However, an important part of the promotion of ESCR in Latin America, perhaps more than in other regions, has been a push toward their justiciability ».

Alicia Ely Yamon, « Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System: A Manual for Presenting Claims » (2003) 24:4 Hum Rts Q 1154 à la page 1156.

²¹¹ Duhaime, *supra* note 204 à la page 381.

without compromising their justiciability. The fact that socio-economic rights will almost inevitably give rise to such implications does not seem to us to be a bar to their justiciability. At the very minimum, socio-economic rights can be negatively protected from improper invasion. In the light of these considerations, it is our view that the inclusion of socio-economic rights in the NT does not result in a breach of the CPs.²¹²

En 1996 la Constitution Sud-Africaine enchâssa plusieurs DESC, notamment le droit au logement, le droit à la santé, le droit à l'eau et le droit à l'éducation et greffa à chacun de ces droits la responsabilité de l'État Partie : « The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right »²¹³.

Plusieurs arrêts ont marqué la protection sud-africaine des DESC. Ainsi dans l'affaire *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*²¹⁴. Thiagraj Soobramone souffrant d'insuffisance rénale grave s'était vu refuser un traitement de dialyse urgent et a déposé une réclamation pour violation du droit à la santé, notamment en vertu de l'article 27(3) de la constitution, qui précise : « No one may be refused emergency medical treatment » et de l'article 11 de la Constitution qui souligne que « Everyone has the right to life ».

²¹² *Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, [1996] (CCT 23/96) [1996] ZACC 26; 1996 (4) SA 744 (CC); 1996 (10) BCLR 1253 (S Afr CC) par. 78.

(NT : New Text et CP : Constitutional Principle).

Sandra Liebenberg souligne à cet égard : « In fact, the Court's jurisprudence has developed considerably beyond the minimalist mode of 'negative' protection, and significant protection is also accorded to the positives duties imposed by socio-economic rights. ».

Sandra Liebenberg, « South Africa : Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution in Social Rights Jurisprudence », dans Malcolm Langford dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press 75 à la page 77.

²¹³ Voir les articles 26, 27 et 29 de la Constitution.

²¹⁴ *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, [1997] CCT32/97 ZACC 17; 1998 (1) SA 765 (CC); 1997 (12) BCLR 1696 .

Or dans cette affaire la Cour constitutionnelle sud-africaine décida qu'il n'y avait pas de violation en précisant : « A court will be slow to interfere with rational decisions taken in good faith by the political organs and medical authorities whose responsibility it is to deal with such matters »²¹⁵.

La Cour constitutionnelle sud-africaine n'a cependant pas été "lente" à intervenir dans les affaires Grootboom²¹⁶ concernant des violations du droit au logement et Treatment Action Campaign²¹⁷ concernant des violations liées au droit à la santé.

Ainsi dans l'affaire Grootboom, la Cour constitutionnelle a précisé en ce qui concerne les obligations incombant à l'État au sujet des DESC :

[t]he State is required to take reasonable legislative and other measures. Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The State is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the Executive. These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation. The formulation of a programme is only the first stage in meeting the State's obligations. The programme must also be reasonably implemented. An otherwise reasonable programme that is not implemented reasonably will not constitute compliance with the State's obligations.²¹⁸

²¹⁵ *Ibid* par. 29.

²¹⁶ *Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others* [2001] ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169 (S Afr CC).

²¹⁷ *Minister of Health v. Treatment Action Campaign* [2002] ZACC 16; 2002 (5) SA 703; 2002 (10) BCLR 1075 (S Afr CC).

²¹⁸ *Supra* note 216 par. 46.

La Cour constitutionnelle renchérit dans l'affaire *Treatment Action Campaign* concernant le refus du gouvernement de prendre les mesures afin de donner des médicaments antirétroviraux aux femmes enceintes atteintes du SIDA, en soulignant :

A dispute concerning socio-economic rights is thus likely to require a court to evaluate state policy and to give judgment on whether or not it is consistent with the Constitution. If it finds that policy is inconsistent with the Constitution it is obliged in terms of section 172(1) (a) to make a declaration to that effect. But that is not all. Section 38 of the Constitution contemplates that where it is established that a right in the Bill of Rights has been infringed a court will grant “appropriate relief”. It has wide powers to do so and in addition to the declaration that it is obliged to make in terms of section 172(1)(a) a court may also “make any order that is just and equitable.”²¹⁹

Ces deux décisions dissipent sans ambiguïté les doutes qui persistent quant à la justiciabilité des DESC. Sandra Liebenberg souligne d'ailleurs :

(...) the caution of sceptics that social rights adjudication would cast the courts in an inappropriate an unmanageable role has proven to be unfounded. The courts have proved themselves quite capable of developing a sophisticated and nuanced model of review for adjudicating social rights claims.²²⁰

²¹⁹ *Ibid* par. 101.

²²⁰ Liebenberg, *supra* note 212 page 100. Notons cependant que l'approche sud-africaine continue de faire l'objet de critiques notamment en ce qui a trait au suivi des mesures de réparation ordonnées par les tribunaux.

Cette approche innovatrice et audacieuse est également partagée par le système judiciaire indien. Jean Ziegler avait souligné que l'Inde offre l'un des meilleurs exemples de justiciabilité des DESC²²¹. Déjà en 1949, l'un des pères de la Constitution indienne, Bhimrao Ramji Ambedkar avait déclaré deux mois avant la mise en vigueur de la constitution Indienne :

On 26th January, 1950, we are going to enter into a life of contradictions. In politics we will have equality and in social and economic life we will have inequality. In politics we will be recognizing the principle of one man, one vote and one vote, one value. In our social and economic life we shall, by reason of our social and economic structure, continue to deny the principle of one man, one value. How long shall we continue to live this life of contradictions? How long shall we continue to deny equality in our social and economic life? If we continue to deny it for long, we will do so only by putting our political democracy in peril. We must remove this contradiction at the earliest possible moment or else those who suffer from inequality will blow up the structure of political democracy which we have so laboriously built up.²²²

Les cours indiennes ont opté pour une approche plus agressive avec l'utilisation des injonctions structurelles. Comme le souligne David Landau,

Experience in both Colombia and India has shown that more aggressive, unconventional enforcement strategies – especially the judicious use of structural injunctions – can more effectively target social rights' interventions towards the poor. Moreover, these strategies may be more effective at strengthening civil society groups and at inducing important changes in the bureaucracy.²²³

²²¹ Rapport de Jean Ziegler rapporteur spécial droit à l'alimentation UN Doc E/CN.4/ 2006/44 add. 2 (2006) au par. 24.

²²² Cité par la cours suprême dans l'arrêt *State Of Karnataka v Appa Balu Ingale And Others* AIR 1993 SC 1126, 1993 (1) ALT Cri 390, 1993.

²²³ Landau précise cependant : « The conclusion is not that structural injunctions are the right answer to all social rights problems; they will fail in many political contexts, and the resource costs that they will place on courts may be too high to pay in many circumstances. ».

David Landau, « The Reality of Social Rights Enforcement », (2011) en ligne : < [works.bepress.com](http://works.bepress.com/david_landau/1/) http://works.bepress.com/david_landau/1/ > à la page 2.

Ainsi dans le fameux arrêt *People's Union for Civil Liberties v. Union of India & Others*, qui traitait notamment du droit à l'alimentation et le droit à la vie, la Cour Suprême a innové en matière du droit à l'alimentation. Ziegler a précisé à cet égard :

To ensure the fulfilment of the right to food, the Supreme Court directed that all destitute people be identified and included in existing food-based schemes and directed state governments to implement fully all these schemes, including the Targeted Public Distribution Scheme (TPDS), the Antyodaya Anna Yojana (AAY), the Integrated Child Development Scheme (ICDS), the Mid-Day Meals Scheme (MDMS). The Supreme Court also directed the most vulnerable, including the primitive tribes, to be placed in the AAY lists to ensure their access to food at a highly subsidized price. To increase access to information, it directed that all its orders and the lists of beneficiaries be made publicly available. The Supreme Court also directed that Chief Secretaries/Administrations of the states/Union territories should be held responsible in case of starvation or malnutrition deaths or persistent default in compliance with the orders. These directions have significantly improved the implementation of many food security schemes in many states, particularly since the Court has also appointed two Commissioners to monitor the implementation of its orders.²²⁴

Ce qu'il y a d'extraordinaire dans ce jugement réside dans les conséquences sur l'action gouvernementale. Ziegler souligne : « (...) the orders of the Supreme Court in this case have transformed the policy choices of the Government into enforceable, justiciable rights of the people »²²⁵.

Il est fort difficile d'argumenter contre la judiciarité des DESC à la lumière de la jurisprudence internationale, régionale et nationale. Il appert du bref aperçu des décisions que les victimes, qu'ils soient des *pensionistas* péruviens, des travailleurs nicaraguayens, des anciens combattants sénégalais, des sous-alimentés Indiens, des sans-abris sud-

²²⁴ Ziegler, *supra* note 221 au par. 25

²²⁵ *Ibid* par. 25

africains, des jeunes handicapés bulgares, des femmes enceintes atteintes du SIDA... ont pu faire valoir leurs droits devant un forum judiciaire ou quasi-judiciaire. Parfois les jugements ont réussi à avoir un impact non négligeable sur l'action gouvernementale, apporter des amendements aux législations existantes, adopter des nouvelles législations, mettre sur pied des programmes visant à apaiser les souffrances.

Parfois les tribunaux, les commissions ont été hésitants, indécis, mais ils ont été souvent actifs²²⁶ et innovateurs, parvenant à faire respecter le droit des victimes des violations des DESC. Questionner la justiciabilité des DESC à la lumière de ces décisions est aujourd'hui anachronique.

Il n'en demeure pas moins que la mise en vigueur du PF-PIDESC, pourra constituer un vecteur d'une reconnaissance claire de la justiciabilité des DESC. En s'inspirant de ces jugements, le Comité des DESC pourra combler les lacunes, et créer un corpus jurisprudentiel pouvant servir de référence dans le cadre protection des DESC. La nécessité de la mise en vigueur du nouveau Protocole des DESC est donc une priorité pour *la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine*²²⁷.

²²⁶ David Landau précise:

Instead, courts have relied mainly on two models of social rights enforcement: (1) in an individualized model, courts give a single remedy to a single plaintiff for provision of a treatment, pension, or subsidy, but tend to deny systematic remedies that would affect larger groups; (2) in a negative injunction model, courts strike down benefit cuts or other laws that change the social benefits being given in the status quo. Courts focus on these two models because they look most like more traditional modes of judicial review.

Landau, supra note 223 à la page 2.

²²⁷ Préambule DUDH

Chapitre III

Les modalités et l'utilité du mécanisme offert par le Protocole : vers un "super protocole" ?

Alors que le nouveau Protocole au PIDESC n'est même pas encore entré en vigueur, les critiques fusent contre ses modalités. Certains soulèvent la faiblesse du mécanisme adopté et reprochent que le contenu du Protocole est une rédaction de compromis dominé par les préjugés idéologiques contre les DESC²²⁸. Pour d'autres, ce mécanisme est au contraire porteur d'espoir pour les millions de personnes qui ne jouissent pas de leurs droits reconnus dans le PIDESC²²⁹, et constitue le catalyseur d'une vision unifiée des droits fondamentaux.

Nous tenterons de comprendre dans cette partie si le PF-PIDESC est un "super protocole" enrichi de l'expérience des mécanismes de contrôle des communications individuelles existant dans le système onusien, ou plutôt une régression par rapport à ces mêmes mécanismes.

Dans l'attente des éclaircissements qu'apportera le Comité des DESC sur certaines dispositions clés du nouveau Protocole, nous extrapolerons sur certains articles à la lumière de l'expérience des autres mécanismes de protection des droits fondamentaux. Nous nous intéresserons ensuite aux défis politico-juridiques posés aux États par le nouveau Protocole au PIDESC.

²²⁸ Vandenbogaerde et Vandenhoe, *supra* note 76 à la page 1.

²²⁹ Catarina de Albuquerque, *supra* note 103 à la page 177.

3.1. Les modalités du nouveau protocole

3.1.1. Les étapes préliminaires

Les rédacteurs du PF-PIDESC ont rappelé dans le préambule du protocole la thèse de l'interdépendance, l'indivisibilité et de l'universalité des droits humains et des libertés fondamentales, tout en reprenant *in extenso* l'article 2 (1) du PIDESC en ce qui a trait aux engagements des États parties. Le préambule habilite par ailleurs le Comité des DESC afin d'acquiescer les fonctions prévues dans le présent protocole.

Depuis déjà quelques années, certains critiques font part de leurs objections dans le choix du Comité des DESC comme organe habilité à recevoir et examiner les communications prévues par le nouveau Protocole²³⁰.

Ainsi Dennis et Stewart avaient précisé dans leur plaidoyer contre le PF-PIDESC :

There is also no reason to believe that the Committee is the necessary or logical body to perform such an adjudicative function, even if one could be justified. To the contrary, as we discuss below, there are several apparent reasons why the Committee should not be tasked with that responsibility, not least of which is that the additional workload would potentially undermine the Committee's ability to perform existing function. Moreover, in the extensive commentaries that the Committee has already rendered on Covenant rights, we find reasons to be cautious about expanding the Committee's purview or giving it authority to issue legally binding judgments.²³¹

²³⁰ Dans le cadre discussion du Groupe de travail il fut observé que "le Comité était officiellement un organe subsidiaire du Conseil économique et social et n'était donc pas doté du même statut juridique que les autres organes des Nations Unies chargés de suivre l'application d'un instrument relatif aux droits de l'homme"

Groupe de Travail 2004, *supra* note 85 par. 26.

²³¹ Dennis et Stewart, *supra* note 75 à la page 466.

La critique soulevée par ces auteurs est plutôt simpliste. Le Comité des DESC a fait un travail remarquable depuis de nombreuses années en soulignant comment les États peuvent s'acquitter de leurs obligations en vertu du PIDESC. Ainsi dans ces observations générales²³², le Comité des DESC a analysé plusieurs questions de fond concernant la mise en œuvre des DESC par les États. Le Comité des DESC examine par ailleurs les rapports sur la mise en œuvre des dispositions du Pacte que les États Parties présentent régulièrement, et fait part de ses préoccupations et de ses recommandations sous la forme d'observations finales. Dennis et Stewart semblent en désaccord avec le raisonnement du Comité des DESC dans le cadre des observations générales, et des observations finales, mais cela n'enlève rien à la qualité du travail du Comité depuis des années. Au contraire le fait que le Comité des DESC ai eu à se pencher depuis plus de 25 ans, sur des questions parfois complexes touchant les obligations des États à s'acquitter de leurs engagements, en fait l'organe approprié pour recevoir et examiner les communications en vertu du PI-PIDESC.

Par ailleurs, la charge de travail du Comité sera probablement similaire aux responsabilités des autres comités du système onusien, comme le Comité des droits de l'Homme qui examine en plus des communications concernant les violations présumées du PDCP, les rapports des États parties sur la mise en œuvre des DCP et publie également des observations générales.²³³

Notons également que d'autres critiques ont été formulées à l'égard de la compétence du Comité :

It is highly unlikely the Committee on Economic, Social and Cultural Rights or other adjudicative body could ever match the relevant expertise of these specialized agencies on the substantive issues contained in the ICESCR. Significantly the regular budgets of the ILO, UNESCO,

²³² Le Comité des DESC a déjà préparé 21 Observations générales, ou il analyse notamment les obligations des États quant aux droits énoncés dans le Pacte.

²³³ On peut également citer d'autres comités qui ont des responsabilités similaires comme le Comité contre la Torture, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

FAO and WHO are each at least seven hundred times that of the Committee.²³⁴

Ces critiques sont loin d'être fondées lorsque l'on sait que le Comité est composé d'experts qui sont indépendants et qui ont une compétence reconnue dans le domaine des droits humains, et que le comité a développé depuis des décennies une expertise reconnue dans le domaine de protection des DESC et des obligations des États en vertu du PIDESC.

Cela étant précisé certains changements pourront être utiles au sein du Comité des DESC afin de répondre adéquatement aux défis. Comme le souligne Scheinin²³⁵:

We would give the new difficult task of dealing with complaints under economic, social and cultural rights into the hands of a highly qualified group of human rights experts, used to all the delicate details of considering human rights complaints through an adversarial written procedure. Of course, the inclusion of a new group of human rights in the mandate of the HRC would pose important challenges for the expertise of the Committee, an adequate response to which would necessarily include changes in its composition in order to secure broader expertise.

L'article 2 du PF-PIDESC qui traite par ailleurs des communications, des droits couverts et des auteurs, constitue une disposition clé du PF-PIDESC.²³⁶

²³⁴ Dennis et Stewart, *supra* note 75 aux pages 503 et 504.

²³⁵ Martin Scheinin, « The Proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Body Reform-Without Amending the Existing Treaties » (2006) 6 :1 Human Rights law Review 131 à la page 134.

Comme le soulève Langford²³⁷ cette disposition est presque en tout point similaire à l'article 2 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes²³⁸. Cet article a fait l'objet de beaucoup de discussion étant donné que certains États voulaient privilégier *une approche à l'européenne* en désirant mettre sur pieds une procédure de réclamation collective permettant seulement à certaines organisations ayant un statut consultatif auprès de l'ECOSOC, de déposer des communications. Mais heureusement cette approche fut écartée face aux critiques de plusieurs États. Langford précise d'ailleurs: « This restrictive approach drew a sharp response from a number of States, particularly from Africa and the Americas where some of the regional procedures are more liberal »²³⁹.

Par ailleurs plusieurs ont également tenté d'importer les approches *à la carte* existant dans le système européen et interaméricain au sujet des droits couverts en plaidant : « qu'il fallait laisser à chaque État la possibilité de déterminer les dispositions du Pacte auxquelles la procédure de plainte devait s'appliquer »²⁴⁰.

Heureusement les partisans d'une approche globale ont rappelé qu'il fallait que la procédure couvre tous les droits fondamentaux protégés par le Pacte²⁴¹ et éviter ainsi une nouvelle hiérarchisation artificielle au sein des droits humains.

²³⁶ Albuquerque souligne : « During the debates, delegations labeled article 2 as being crucial to and the heart of the draft Protocol ».

Albuquerque, *supra* note 103 à la page 167.

²³⁷ Langford, M. « Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights, à la page 19.

²³⁸ On retrouve cet article dans d'autres mécanismes de protection du système onusien, notamment, l'article 1(1) du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006,

²³⁹ Langford, *supra* note 237 à la page 19

²⁴⁰ Groupe de travail 2004, *supra* note 85 par. 24

Jusqu'en 2007 plusieurs États sont restés en faveur d'une approche à la carte notamment : Chine, États-Unis, Australie, Russie, Suisse, Japon, Grande-Bretagne, l'Allemagne, les Pays Bas...

²⁴¹ *Ibid*

L'approche globale fut donc retenue malgré les compromis (notamment l'exclusion du droit à l'auto-détermination).²⁴²

Un autre point intéressant à souligner dans le cadre de cette disposition réside dans le fait que les rédacteurs ont précisé que les particuliers ou les groupes de particuliers doivent relever de la *juridiction d'un État Partie*. Cette limitation surprend étant donné que le PIDESC ne prévoit pas de limite de juridiction, comme le soulèvent Courtis et Sepúlveda :

There was thus no justification to include a jurisdictional limitation in the text of the Optional Protocol, when the ICESCR does not make any reference to such limitations and, on the contrary, makes clear that ESC rights obligations have international (and thus extra-territorial) dimensions.²⁴³

Courtis et Sepúlveda font le parallèle avec l'article 1 du PF- PIDCP et cite l'interprétation du Comité des droits de l'Homme dans la décision *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*²⁴⁴, qui souligne :

Vandenbogaerde et Vandenhoele précisent les autres options discutées : « In the Chair's 2005 elements paper, five options were outlined: a comprehensive; an opt-in *à la carte*; an opt-out *à la carte* (reservations); a time-limited and a limited scope. ».

Vandenbogaerde et Vandenhoele, *supra* note 76 à la page 221

²⁴² Vandenbogaerde et Vandenhoele soulignent cependant : « The eventual wording allows for different interpretations so that it is not whether communications and inquiries on alleged violations of the right to self-determination will be possible. »

Supra note 76 à la page 223.

²⁴³ Christian Courtis et Magdalena Sepúlveda « Are Extra-Territorial Obligations Reviewable Under The Optional Protocol to the ICESCR? » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 54 à la page 57.

²⁴⁴ Comité des droits de l'homme, *Delia Saldias de Lopez c. Uruguay*, 29 juillet 1981, CCPR/C/OP/1.

Notons cependant les précisions intéressantes apportées par Tomuschat dans son opinion individuelle :

To construe the words "within its territory" pursuant to their strict literal meaning as excluding any responsibility for conduct occurring beyond the national boundaries

individuals subject to its jurisdiction” is “not to the place where the violation occurred, but rather to the relationship between the individual and the State in relation to a violation of any of the rights set forth in the Covenant, wherever they occurred ».²⁴⁵

Une autre disposition importante du nouveau Protocole au PIDESC est son article 3 qui traite de la recevabilité des communications. Au-delà du critère standard de l'épuisement des recours internes pour déposer la communication, un délai de douze mois est imposé afin de déposer la communication, à moins de démontrer l'impossibilité d'agir pour présenter la communication dans le délai imparti²⁴⁶.

En ce qui concerne l'épuisement des recours internes, soulignons la précision importante que donne le Comité des droits de l'Homme afin d'écarter les recours considérés comme non utiles :

(...) the Committee recalled that domestic remedies must be not only available but also effective, and that the term “domestic remedies” must be understood as referring primarily to judicial remedies. The

would, however, lead to utterly absurd results. The formula was intended to take care of objective difficulties which might impede the implementation of the Covenant in specific situations. Thus, a State party is normally unable to ensure the effective enjoyment of the rights under the Covenant to its citizens abroad, having at its disposal only the tools of diplomatic protection with their limited potential. Instances of occupation of foreign territory offer another example of situations which the drafters of the Covenant had in mind when they confined the obligation of States parties to their own territory. All these factual patterns have in common, however, that they provide plausible grounds for denying the protection of the Covenant. It may be concluded, therefore, that it was the intention of the drafters, whose sovereign decision cannot be challenged, to restrict the territorial scope of the Covenant in view of such situations where enforcing the Covenant would be likely to encounter exceptional obstacles. Never was it envisaged, however, to grant States parties unfettered discretionary power to carry out wilful and deliberate attacks against the freedom and personal integrity of their citizens living abroad.

²⁴⁵ *Ibid* au par. 58.

²⁴⁶ Scheinin et Langford soulignent à cet égard : « This temporal requirement is likely to have a choking effect on claims in countries where the new Optional Protocol is not well known or promoted ».

Scheinin, M., Langford M. « Evolution or Revolution? Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights à la page 110.

effectiveness of a remedy also depended, to a certain extent, on the nature of the alleged violation.²⁴⁷

Le paragraphe 2 b) de l'article 3 souligne par ailleurs que la communication est recevable lorsqu'elle porte sur des faits antérieurs qui persistent après la date d'entrée en vigueur du Protocole à l'égard de l'État Partie intéressé²⁴⁸. Ce faisant les rédacteurs du Comité ont enchâssé dans le PF-PIDESC un principe important en droit international et que l'on retrouve dans la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme. Ainsi dans l'affaire *Sankara c. Burkina Faso*²⁴⁹, le Comité des droits de l'Homme avait souligné :

²⁴⁷ *Sankara c. Burkina Faso* (au par. 6.4) . Intéressant de noter que dans cette affaire le gouvernement du Burkina Faso avait tenté d'argumenter que les auteurs n'avaient pas utilisé tous les recours contentieux et non contentieux disponibles, mais sans pour autant faire la démonstration de l'utilité desdits recours, ce que à quoi le Comité a répondu au par. 6.5 :

With regard to the State party's claims relating to the non-use of certain contentious remedies concerning the denial of justice, the Committee noted that the State party had confined itself to a mere recital of remedies available under Burkina Faso law, without providing any information on the relevance of those remedies in the specific circumstances of the case or demonstrating that they would have constituted effective and available remedies.

Comité des droits de l'homme, *Mariam Sankara et al c. Burkina Faso*, 11 avril 2006, CCPR/C/86/D/1159/2003.

Voir également d'autres décisions du Comité à cet égard : Comité des droits de l'homme *Patiño v. Panama*, 25 octobre 1994, CCPR/C/52/D/437/1990, et Comité des droits de l'homme *Vicente v. Colombia*, 29 July 1997, CCPR/C/60/D/612/1995.

²⁴⁸ On retrouve d'ailleurs cette disposition également à l'article 4 du Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

²⁴⁹ *Sankara et al. c. Burkina Faso*, *supra* note 247.

Voir aussi les autres communications du Comité des droits de l'Homme, *S Lovelace v Canada*, 30 juillet 1981, CCPR/C/13/D/24/1977 ; Comité des droits de l'Homme, *Gueye c. France*, 3 Avril 1989, 196/1985, CCPR/C/35/D/196/1985 ; Comité des droits de l'Homme, *J Simunek et al c. Czech Republic*, 19 juillet 1995, CCPR/C/54/D/516/1992 Comité des droits de l'Homme, *Ivan Somers c. Hungary*, 23 juillet 1996 CCPR/C/53/D/566/1993.

In conformity with its jurisprudence, the Committee was of the view that it could not consider violations which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the state party unless those violations continued after the Protocol's entry into force. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of previous violations by the state party.

Les motifs d'irrecevabilité des communications invoqués à l'article 3 ne sont pas les seuls que le Comité peut soulever. Ainsi l'article 4 permet au Comité de refuser l'examen d'une communication : *dont il ne ressort pas que l'auteur a subi un désavantage notable* même si la disposition souligne : *à moins que le Comité ne considère que la communication soulève une grave question d'importance générale*. Nous nous questionnons sur la raison d'être de cet article. En effet comme nous l'avons constaté plusieurs dispositions permettent déjà le refus d'examen des communications : l'article 3 quant à la recevabilité des communications prévoit déjà 5 motifs d'irrecevabilité d'une communication, l'article 2 pose pour sa part des limites quant aux auteurs des communications (*une communication ne peut être présentée au nom de particuliers ou groupe des particuliers qu'avec leur consentement à moins que l'auteur ne puisse démontrer qu'il a agi en leur nom sans un tel consentement*²⁵⁰). Nous estimons que cet article semble être le résultat de compromis et il sera important de voir comment le comité interprètera ce concept de "*désavantage notable subi par l'auteur*" pour refuser l'examen d'une communication. Comme le précise Langford à l'égard de cet article: «

²⁵⁰ Lors de discussion du Groupe de travail 2006, il fut précisé en ce qui concerne la compétence *rationae personae* :

L'Afrique du Sud, l'Argentine, l'Azerbaïdjan, le Brésil, l'Espagne, la Finlande, l'Italie, le Mexique, la Norvège et le Portugal ainsi que la coalition d'ONG étaient favorables à ce que l'on autorise aussi bien des particuliers que des groupes de particuliers à soumettre une communication. Les représentants du Brésil, de l'Espagne et de la Grèce ont souligné la nécessité d'obtenir le consentement éclairé de la personne concernée si la communication était présentée par un tiers.

CES, *Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Doc off CES NU, 2006, Doc NU E/CN.4/2006/47, au par. 43.

The provision was championed by Canada, United Kingdom and Poland and some NGOS as a valve for the Committee to control what some feared could be a flood of frivolous or undeserving cases ». ²⁵¹

Cependant Scheinin et Langford soulignent que beaucoup ont critiqué cette disposition et ont mis en garde contre ces conséquences :

This provision was attacked by a number of NGOs and national human rights institutions on the basis that it could lead to the dismissal of worthy complaints. For example, IRAW Asia-Pacific argued that due to historical assumptions, some violations of women's rights might not be considered a significant disadvantage. Thus it would be advantageous to let cases move automatically to the merits stage where the actual impact could be properly interrogated. ²⁵²

Le PF-PIDESC offre également à l'instar de plusieurs autres mécanismes de protection, la possibilité de demander des mesures provisoires après la réception de la communication et avant que le Comité prenne une décision sur le fond. Mais alors que d'autres mécanismes reprennent le contenu de cette disposition quant aux mesures conservatoires nécessaires, l'article 5(1) du PF-PIDESC rajoute:

(...)le Comité peut à tout moment soumettre à l'urgente attention de l'État Partie intéressé une demande tendant à ce que l'État Partie prenne les mesures provisoires qui peuvent être nécessaires dans des circonstances exceptionnelles pour éviter qu'un éventuel préjudice irréparable ne soit causé à la victime ou aux victimes de la violation présumée(...).

²⁵¹ Langford, *supra* note 237, à la page 24.

²⁵² Scheinin et Langford, *supra* note 246 à la page 110.

(IRAW : International Women's Rights Action).

La Grande-Bretagne a fait part de cette proposition visant à limiter les mesures provisoires à des circonstances exceptionnelles.

Le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la Torture ont eu à traiter des cas de mesures provisoires qui peuvent éclairer notre analyse. Ainsi *Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela*²⁵³ :

En ce sens, le respect des mesures conservatoires, demandées par le Comité dans les cas où il l'estime judicieux, est indispensable pour épargner à la personne que ces mesures concernent des préjudices irréparables qui, en outre, pourraient rendre nul le résultat final de la procédure engagée devant le Comité.

Nous estimons que limiter les mesures provisoires est un recul dans la protection des droits fondamentaux des victimes. En effet les mesures provisoires permettent d'éviter des préjudices irréparables aux victimes. Les préjudices irréparables sont exceptionnels, pourquoi donc tenter de limiter encore plus la portée des mesures provisoires. Nous estimons que le Comité ne devra pas hésiter à demander à ce que l'État partie prenne des mesures provisoires pour éviter comme l'a souligné le Comité contre la torture, que les préjudices puissent : «(...) rendre nul le résultat final de la procédure engagée».²⁵⁴

3.1.2 Le déroulement de l'enquête

Lorsque la communication a franchi les étapes préliminaires, le Comité des DESC peut débiter l'examen des communications. Lors des débats ayant mené à l'adoption du nouveau protocole au PIDESC, les enjeux liés à l'examen des communications semblent avoir suscité le plus de controverse. Les enjeux liés à la justiciabilité des DESC

²⁵³ Comité contre la Torture, *Cecilia Rosana Núñez Chipana c Venezuela*, 10 Novembre 1998, CAT/C/21/D/110/1998 au par. 8

²⁵⁴ *Ibid*

Nous pouvons penser à des cas d'éviction forcée et de destruction de propriété ou la victime subira un préjudice irréparable que la décision sur le fonds du Comité des DESC ne pourra changer.

semblaient en fait se dessiner en filigrane. Comme le souligne Langford : « It was here that the justiciability debate had most resonance »²⁵⁵.

La rédaction du paragraphe 4 de l'article 8 est assez révélatrice :

Lorsqu'il examine des communications qu'il reçoit en vertu du présent Protocole, le Comité détermine le caractère approprié des mesures prises par l'État Partie, conformément aux dispositions de la deuxième partie du Pacte. Ce faisant il garde à l'esprit le fait que l'État Partie peut adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits énoncés dans le Pacte.²⁵⁶

Porter attache une très grande importance à cet article :

Whether the vision of a truly unified approach to human rights that is fully inclusive of claimants affirming the right to freedom from want, is actually realised through the Optional Protocol will largely depend on how its Article 8(4) is interpreted and applied.²⁵⁷

En fait le PF-PIDESC est le seul mécanisme de protection du système onusien ayant un tel critère d'évaluation²⁵⁸.

²⁵⁵ Langford, *supra* note 237 à la page 25.

²⁵⁶ Il est intéressant de noter que le Comité a été inspiré dans la rédaction de cette disposition par la fameuse affaire *Grootboom* que nous avons vu dans la partie précédente:

Eventually, wording was taken from the *Grootboom* decision of the South African Constitutional Court, where that Court first described its approach to reasonableness review in relation to the right of access to adequate housing in Article 26 of the South African Constitution

Porter, *supra* note 87 à la page 49.

Eventually, wording was taken from the *Grootboom* decision of the South African Constitutional Court, where that Court first described its approach to reasonableness review in relation to the right of access to adequate housing in Article 26 of the South African Constitution

²⁵⁷ *Ibid* à la page 40.

²⁵⁸ Vandenbogaerde et Vandenhoele précisent :

States like Denmark, New Zealand, Norway and the USA, but also the Philippines, emphasised that it was not up to a UN Committee, but to States, in particular 'legitimately elected national democratic institutions', to decide on general policy, national priorities and 'national distribution of economic and social wealth

Pour certains critiques, la présence d'une telle marge d'appréciation dans le cadre de l'analyse des communications est le reflet des préjugés qui continue d'exister à l'égard de la nature DESC et des conséquences de leur justiciabilité. Vandenbogaerde et Vandenhole vont jusqu'à expliquer cette inclusion en soulignant :

The inclusion of assessment criteria testifies to the fundamental mistrust of some states parties in the judgement of the committee, but reflects also the more fundamental ideological concerns about the justiciability of ESC rights²⁵⁹

Cependant malgré les tentatives de certains États comme le Canada d'imposer une référence à une marge d'appréciation ²⁶⁰, cette formulation ne fut pas retenue.

Vandenbogaerde et Vandenhole *Supra* note 76 à la page 226 .

²⁵⁹ Vandenbogaerde et Vandenhole précisent également:

It was repeatedly stated through the negotiations that it was difficult to imagine how an adjudicatory body could determine whether an ESC right has been violated given the large margin of discretion for democratically elected governments to make policy decisions and budget allocations.

Ibid à la page 223.

Mais comme le souligne Porter :

It can be used by adjudicative bodies and courts to justify a virtually unlimited margin of discretion to states' socio-economic policies and hence to deny adequate adjudication of or effective remedies for substantive social rights claims. Alternatively, it can be used to rise to the challenge presented by genuine rights claims that go to the systemic causes of poverty and exclusion.

Porter, *supra* note 87 à la page 40.

²⁶⁰ Porter et Liebenberg témoignent d'ailleurs des dernières discussions au sujet de la formulation de l'article 8(4).

D'ailleurs la nécessité d'apporter le plus de clarification quant aux obligations des États Parties « d'agir ... au maximum des ressources disponibles » en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le Pacte qui leur incombe en vertu du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte, a amené le Comité à adopté une déclaration inusitée en 2007 quant à l'appréciation de l'obligation d'agir au maximum de ses ressources disponibles dans le contexte d'un Protocole facultatif au Pacte²⁶¹.

Les *moyens appropriés* que doivent prendre les États sont d'ailleurs définis dans cette déclaration :

Le Comité interprète l'expression «moyens appropriés» comme englobant, en plus des mesures législatives, le fait d'assurer des recours judiciaires ou autres, selon qu'il convient, ainsi que « les mesures administratives, financières, éducatives et sociales » (Observation générale n 3, par. 7; Observation générale no 9, par. 3 à 5 et 7).²⁶²

Le Comité des DESC met également l'accent au paragraphe 7 sur l'obligation immédiate des États pour se conformer à leurs engagements :

Outre qu'ils sont tenus d'agir (art. 2 par. 1), les États parties ont une obligation immédiate de «garantir que les droits [énoncés dans le Pacte] seront exercés sans discrimination aucune» (art. 2, par. 2). Cette

The session on the last day, however, began with a demonstration of very effective lobbying by Canada, backed up by the U.S. and a number of other states unsupportive of the Optional Protocol (OP), in which about twenty states spoke at the outset to insist that a reference to "margin of discretion" or "margin of appreciation" must be reinserted if they were to support the referral of the draft to the Human Rights Council.

Porter et Liebenberg, « Consideration of Merits Under the OP-ICESCR: Reasonableness Review under 8(4) and the Maximum of Available Resources Standard», Note, en ligne: [escr-net < http://www.escr-net.org/usr_doc/Porter_and_Liebenberg_Reasonableness.pdf >](http://www.escr-net.org/usr_doc/Porter_and_Liebenberg_Reasonableness.pdf) à la page 1

²⁶¹ *Appréciation de l'obligation d'agir "au maximum de ses ressources disponibles" dans le contexte d'un protocole facultatif au Pacte*, Déc CES 2007, Doc off CES NU, 38^e sess, Doc NU E/C.12/2007/1 (2007).

²⁶² *Ibid* par. 3.

obligation nécessite souvent davantage l'adoption et l'application de lois appropriées que l'allocation de ressources importantes.

De plus le Comité des DESC éclaire les responsabilités des États en posant des balises sur ce que constituent des mesures *suffisantes et raisonnables* :

Le Comité se demandera notamment:

- a) Dans quelle mesure les dispositions prises étaient délibérées, concrètes et axées sur la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels;
- b) Si l'État partie a exercé son pouvoir discrétionnaire de manière non discriminatoire et non arbitraire;
- c) Si la décision de l'État partie d'allouer (de ne pas allouer) les ressources disponibles est conforme aux normes internationales relatives aux droits de l'homme;
- d) Lorsque plusieurs possibilités existent, si l'État partie a choisi celle qui est la moins restrictive pour les droits reconnus dans le Pacte;
- e) Dans quel délai les mesures ont été prises;
- f) Si les mesures qui ont été prises ont tenu compte de la situation précaire des personnes ou groupes défavorisés et marginalisés, si ces mesures étaient non discriminatoires et si elles ont accordé la priorité à des situations graves ou comportant des risques.²⁶³

Ces éléments constitueront sans doute des balises utiles, permettant de guider le Comité dans son raisonnement lorsqu'il devra décider de la suffisance des mesures prises par l'État partie.

Notons également que dans cette déclaration, le Comité anticipe ce qui constitue parfois une échappatoire pour des États, soit l'invocation de *la pénurie de ressources* pour expliquer des manquements aux obligations énoncés dans le PIDESC. Le Comité

²⁶³ Porter souligne à cet égard : « criteria outlined by the CESCR with respect to the standard of reasonableness suggested a strong commitment to the principle of effective remedies. The considerations listed were compatible with similar standards that had emerged in domestic jurisprudence ». Porter, *supra* note 87 à la page 46.

souligne que si ce cas se présente, le Comité analysera les informations à la lumière des critères dits objectifs, notamment les critères concernant :

- a) Le niveau de développement du pays;
- b) La gravité du manquement présumé, en particulier la question de savoir si la situation a trait à l'exercice du minimum indispensable des droits reconnus dans le Pacte;
- c) La situation économique actuelle du pays, en particulier la question de savoir s'il est en proie à une récession économique;
- d) L'existence d'autres facteurs majeurs expliquant le manque de ressources de l'État partie, par exemple une catastrophe naturelle récente;
- e) La question de savoir si l'État partie s'est efforcé de trouver des solutions de substitution peu onéreuses;
- f) La question de savoir si l'État partie a demandé la coopération et l'assistance de la communauté internationale ou refusé, sans raison suffisante, les ressources offertes par celle-ci afin de mettre en œuvre les dispositions du Pacte.²⁶⁴

Le Comité apaise également les États sceptiques qui craignent l'incursion dans les choix politiques relevant des États, en apportant les précisions suivantes :

Le Comité met cependant l'accent sur le respect de la marge d'appréciation des États. Il garde constamment à l'esprit son propre rôle en tant qu'organe conventionnel et le rôle de l'État partie dans la formulation, l'adoption, le financement et l'application des lois et des politiques relatives aux droits économiques, sociaux et culturels. À cet effet, et conformément à la pratique d'autres organes conventionnels judiciaires et quasi judiciaires, il respecte systématiquement la marge d'appréciation qu'ont les États pour ce qui est d'adopter les mesures les plus adaptées à leurs propres circonstances.²⁶⁵

Porter et Liebenberg mettent cependant en garde contre une interprétation erronée de l'article 8(4). Ils rappellent notamment que le rôle du Comité dans le cadre de cet article :

²⁶⁴ Appréciation de l'obligation d'agir "au maximum de ses ressources disponibles" dans le contexte d'un protocole facultatif au Pacte, *supra* note 261 par. 10.

²⁶⁵ *Ibid* par. 11.

Section 8(4) is about the consideration of the merits of complaints in relation to the steps taken by the responding State Party. It gives direction to the Committee as to how to determine questions of **compliance** with article 2(1) in relation to substantive rights in the ICESCR and the measures adopted by States. Importantly, it does **not** give direction to the Committee to defer to the decisions of the State Party on the question of compliance with article 2(1) of the ICESCR. That is the job of the Committee, and it must exercise its authority impartially²⁶⁶.

Avant d'aborder le suivi des constatations du Comité des DESC, il serait utile de préciser que les décisions du Comité - qualifiées de *constatations*²⁶⁷ (le cas échéant des *recommandations*)- ne peuvent lier les États parties. Mais comme le souligne Hennebel: cela n'implique pas pour autant que les décisions du Comité sont dépourvues de tout caractère juridique²⁶⁸. En effet en ratifiant le Pacte, l'État Partie s'est engagé juridiquement à « donner effet à ses dispositions »²⁶⁹, et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire et relevant de sa juridiction les droits reconnus dans le Pacte.

Notons également que le Comité des droits de l'Homme avait décidé d'écarter un amendement du PF-PDCP visant à « rendre juridiquement contraignantes ses constatations »²⁷⁰.

3.1.3 Le suivi des constatations du Comité

Il est intéressant de noter qu'à son article 9, le PF-PIDESC impose, aux États parties, des délais dans le cadre du suivi des constatations du Comité des DESC. En vertu du

²⁶⁶ Porter et Liebenberg, *supra* note 2690 à la page 3.

²⁶⁷ Article 9(1) du PF-PIDESC.

²⁶⁸ Ludovic Hennebel, *La Jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruxelles, Bruylant, 2007 à la page 400.

²⁶⁹ *Ibid* à la page 401 citant l'affaire *Denzel Roberts c. Barbade*, 19 juillet 1994, CCPR/C/51/D/504/1992 au par. 6.3.

²⁷⁰ *Ibid* à la page 404.

paragraphe 2 de cet article, l'État doit soumettre dans les six mois de la décision du Comité des DESC, une réponse écrite concernant les informations sur toute action menée à la lumière des constatations et recommandations du Comité. Le paragraphe 3 prévoit le cas où le Comité invite l'État à soumettre un complément d'information. Cette disposition évitera aux auteurs des communications de s'adresser aux rapporteurs chargés du suivi des constatations lorsque les États ne répondent pas adéquatement aux recommandations ou font fi des constatations du Comité.

Mentionnons également deux autres dispositions importantes du PF-PIDESC : les communications interétatiques (article 10 du PF-PIDESC) et la procédure d'enquête (article 11). Notons que pour ces deux dispositions l'État partie pourra déclarer qu'il reconnaît la compétence du Comité aux fins de ces articles (*Opting in*).

Le PF-PIDESC prévoit la possibilité de communications interétatiques à son article 10. On retrouve une disposition similaire dans d'autres mécanismes de protection des droits fondamentaux : notamment la PIDCP à l'article 41, la Convention contre la Torture et autres peines ou traitement cruels, inhumains, ou dégradants à son article 21, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale à son article 11. En vertu de cette disposition, le Comité des DESC pourra recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie affirme qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte. Ce type de communications est sans précédent dans le système onusien²⁷¹, alors qu'elles ont déjà été utilisées dans les mécanismes régionaux²⁷².

Cela étant précisé la simple existence d'une telle procédure est un outil supplémentaire de protection des droits fondamentaux et pourra peut-être démontrer son utilité. Mahon souligne d'ailleurs:

²⁷¹ D'après Haut-Commissariat aux droits de l'Homme, ces procédures n'ont jamais été utilisées.

En ligne consulté le 25 avril 2011 <www2.ohchr.org/english/bodies/petitions/index.htm#interstate>.

²⁷² Notamment devant Cour Européenne des droits de l'Homme (ex : *Danemark c. Turquie* n° 34382/97 [2000] CEDH, un règlement à l'amiable a eu lieu dans cette affaire).

This approach reflects anecdotal reports that although no claim have been progressed through the inter-State complaints procedures established by other instruments, their mere existence provided useful tools for international diplomacy. In the ensuing discussions at the Working Group, some States confirmed that such a procedure had proved to be useful in the regional human rights system (...) In short, these developments show us that the inter-State complaints procedures of the UN treaty bodies may not remain idle forever, and thus it is forward-thinking (if probably somewhat unintentionally on the part of most Working Group members) to include such a traditional provision in relation to ESC rights.²⁷³

La Procédure d'enquête établie à l'article 11, est également un outil utile dans les cas où le Comité des DESC reçoit des informations fiables²⁷⁴ à l'effet qu'un État partie porte gravement et systématiquement atteinte aux droits énoncés dans le Pacte. Cette disposition permettra de mener une enquête et même visiter le territoire des États parties qui ont reconnu la compétence du Comité aux fins de cet article. On retrouve une disposition similaire dans plusieurs autres mécanismes de protection onusienne, comme le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (article 8) ou la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (article 20). L'existence de ce type de procédure pourra être très utile malgré les limites imposées, car elle pourra peut être

²⁷³ Claire Mahon, « Progress at the Front: the draft Option Protocol of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2008) 8:4 Human Rights Law Review 617 à la page 642.

²⁷⁴ Riedel avait mentionné dans le cadre des discussions du Groupe de travail en 2006: « Dans le cadre d'une procédure d'enquête, le Comité évaluerait la «fiabilité» d'une information en s'appuyant sur les mêmes éléments que pour la procédure de présentation de rapports.».

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 248 par.75 .

déclenchée sans que des particuliers ou groupe de particuliers ne présentent des communications pour des violations présumées des droits énoncés dans le PIDESC²⁷⁵.

Notons également que la disposition concernant l'Assistance et coopération internationale (article 14) a soulevé beaucoup de controverses. En effet certains États²⁷⁶ considèrent qu'il existe une obligation légale en vertu du PIDESC de fournir un soutien financier dans le cadre de la coopération internationale au maximum des ressources disponibles, que l'on retrouve à l'article 2 (1) du PIDESC²⁷⁷. Ce point de vue n'est pas partagé par tous les États, notamment les mieux nantis qui estiment qu'il ne s'agit pas d'une obligation légale et que c'est la responsabilité de l'État de prendre toutes les mesures pour la réalisation des DESC sur son territoire. En d'autres mots :

Les États ayant des obligations absolues au regard des devoirs de respecter et protéger les droits économiques, sociaux et culturels, il s'en déduit que l'insuffisance d'assistance et de coopération

²⁷⁵ Notons que durant les débats du Groupe de Travail en 2006 plusieurs États se sont opposés à cette procédure :

Les représentants de l'Égypte, du Nigéria et de l'Angola ont fait savoir qu'ils n'appuieraient pas la création d'une procédure d'enquête. Plusieurs questions et préoccupations ont été soulevées, notamment au sujet des critères qui serviraient à évaluer la fiabilité des informations et des sources à prendre en compte.

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, *supra* note 250 par. 73.

²⁷⁶ Angola, Égypte, Indonésie, Maroc (au nom des pays africains), Ghana, Indonésie, Iran.

Groupe de Travail 2006, par 78 « Le Canada a souligné que l'obligation de coopération internationale est une obligation morale et non juridique. ».

Ibid par. 82.

Précisons également que Riedel a soulevé une distinction importante: « Une distinction devait être faite entre, d'une part, l'assistance et la coopération internationale qui constituent une obligation juridique en vertu du paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte et, d'autre part, la coopération pour le développement. »

Ibid par. 88.

²⁷⁷ Voir également les articles 22 et 23 du PIDESC.

internationales ne peut être invoquée comme explication de leur non-réalisation²⁷⁸.

Il ressort des discussions du Groupe de travail que le Groupe africain a insisté pour la présence de cette disposition et a proposé l'établissement d'un fonds d'affectation spéciale²⁷⁹. L'article 14 est le résultat d'un autre compromis entre les États²⁸⁰.

3.2 L'utilité du recours et les nouveaux défis

3.2.1 L'utilité du recours pour les victimes des droits économiques, sociaux et culturels

Le 24 septembre 2009 soit une année après l'adoption du PF.PIDESC Navanethem Pillay a déclaré au sujet du nouveau Protocole :

When the Optional Protocol on Economic, Social and Cultural Rights enters into force, the ensuing jurisprudence that it will stimulate can offer guidance, with the benefit of concrete examples, regarding the interpretation of economic, social and cultural rights. It will thus clarify the scope of application of these rights by

²⁷⁸ Michel Doucin, « La « coopération internationale » prévue dans le Pacte s'entend-elle obligatoirement comme une obligation, pour les pays riches et agences d'aide, de financer les surcoûts liés à la mise en œuvre de nouvelles politiques qui seraient inspirées par un comité examinant des communications individuelles ou collectives ? » Janvier 2006 en ligne : <<http://www.irenees.net/fr/fiches/defis/fiche-defis-109.html>>.

²⁷⁹ Certains États se sont opposés à la création d'un fonds : « noting the danger of linking violations to funding , the risks of duplicating existing United Nations funds and the practical difficulties in managing such a fund. »

Cité par Albuquerque *Supra* note 103 à la page 171.

²⁸⁰ Langford souligne d'ailleurs : « Developing countries, particularly the Africa Group, had premised their support for the Optional Protocol on some acknowledgment of international obligations of development cooperation and assistance. The eventual compromise was Article 14 »

Langford, *supra* note 237 à la page 26.

national tribunals and adjudicating bodies.

This is a historic moment in the evolution of the protection of human rights and in providing access to remedies to victims of violations of economic, social and cultural rights. With the adoption of the Optional Protocol, the United Nations has now been able to come full circle on the normative architecture envisaged by the Universal Declaration.²⁸¹

Il est vrai que l'adoption du PF-PIDESC constitue un retour à la vision unifiée qui existait jusqu'au clivage politique des années 50. Le recours utile qu'offre le PF-PIDESC est une avancée certaine malgré la rédaction de compromis que l'on a pu constater dans certaines dispositions. Mais même si on peut se questionner sur certains articles du PF-PIDESC, nous ne partageons nullement l'avis de certains auteurs qui soulèvent la faiblesse des dispositions du PF-PIDESC, et du fait que le nouveau protocole est déconnecté de la réalité²⁸².

Le processus de négociation et de rédaction du nouveau Protocole était sans surprise teintée des agendas politiques des États, mais comme nous l'avons vu l'expérience nationale, régionale et internationale a permis d'écarter certains préjugés et de permettre aux rédacteurs du PF-PIDESC d'offrir un recours utile aux victimes.

Nous croyons que la simple possibilité de saisir un mécanisme de protection international des droits humains est en soi porteuse d'espoir pour les victimes des violations des DESC. Bien entendu le nouveau Protocole ne pourra pas faire des miracles et ne pourra

²⁸¹ *Statement by Navanethem Pillay at the Signing Ceremony for the Optional Protocol to the International Covenant Economic, Social and Cultural Rights* en ligne : Haut Commissariat aux droits de l'Homme <<http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/5EE2E0E5168886FCC125763B00589EF3?opendocument>>.

²⁸² Voir à cet égard Vandenberghe et Vandenhoele qui soulignent la régression de certaines dispositions du PF-PIDESC tout en reconnaissant: « It cannot be excluded that an emphasis on a strong (er) text would have resulted in the blockage of the whole process and the potential danger of not having an optional protocol ».

Vandenberghe et Vandenhoele *Supra* note 76 à la page 237.

certainement pas se substituer aux politiques nécessaires pour une meilleure prise en compte des DESC. Les gouvernements doivent prendre toutes les mesures qui s'imposent afin de mieux respecter leurs engagements à l'égard des DESC.

Cela étant précisé, nous croyons, que l'entrée en vigueur du PF-PIDESC sera le prélude à l'adoption d'un mécanisme de protection de tous les droits fondamentaux. Nous estimons que *l'architecture normative* envisagée il y a plus de 60 ans impose une rationalisation de tous les droits fondamentaux existants dans les divers pactes et conventions du système onusien. Pour une effectivité plus grande et pour refléter le principe d'interdépendance et d'indivisibilité des droits humains nous croyons que la rédaction d'un seul pacte, d'une seule convention et la création d'un Tribunal international des droits de l'Homme pourra encore mieux répondre aux défis du nouveau siècle.

Dans son plaidoyer en faveur d'un tribunal international pour les droits de l'Homme, Manfred Nowak, soulignait en 2007 :

By far the most effective method to implement the right to an effective remedy on international level is to allow direct access of the rights holders to a fully independent international human rights court with the power to render binding judgments and to grant adequate reparation to the victims of human rights violations.²⁸³

L'idée d'un tel tribunal n'est pas nouvelle, il y a plus de 60 ans le gouvernement australien avait souligné :

The Australian proposals for an International Court of Human Rights have been put forward because we favour a continuous, effective and just system of international supervision. In English law, the remedy is to us as important as the right, for without the remedy there is no right. Our basic thesis is that individuals and

²⁸³ Manfred Nowak, « The Need for a World Court of Human Rights », (2007) 7 Human Rights Law Review 251 aux pages 254 et 259.

associations as well as states must have access to and full legal standing before some kind of international tribunal charged with supervision and enforcement of the covenant. In our view, either a full and effective observance of human rights is sought, or it is not.²⁸⁴

Nous croyons que la création d'un tel tribunal sera l'aboutissement de l'évolution des instruments de protection des droits fondamentaux-que ce soit sur le plan international que régional- depuis l'adoption de la DUDH.

En attendant la naissance d'un tel tribunal, nous restons convaincus que l'entrée en vigueur du nouveau protocole au PIDESC enrichira les parents pauvres des droits fondamentaux.

3.2.2 Les défis juridiques et politiques des États Parties au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

Seulement quatre États (Équateur, Mongolie, Espagne, El Salvador) ont ratifié le nouveau Protocole au PIDESC, deux ans après la cérémonie de signature en 2009. Les États parties au PIDESC semblent donc avoir des doutes, voire des craintes de ratifier le nouveau Protocole se rapportant au PIDESC. Quels sont les défis qui se présentent aux États ? Quelles seront les conséquences de la ratification pour l'État partie ? Devront-ils prendre des mesures supplémentaires pour respecter leurs engagements ? Devront-ils adopter de nouvelles législations afin de mettre en œuvre les droits énoncés dans le Pacte ? Doivent-ils anticiper des milliers de communications en ce qui concerne leurs actions ou leurs inactions dans la réalisation des DESC ?

²⁸⁴ *Statement by the Australian representative on an International Court of Human Rights*, undated, in NAA A 432/82, Item 1947725 Pt 3, tel que cité dans Manfred Nowak et Julia Kozma « A World Court of Human Rights » (juin 2009), en ligne: www.udhr60.ch < www.udhr60.ch/report/hrCourt-Nowak0609.pdf > à la page 15.

Afin de répondre à certaines de ces questions Beth Simmons propose des arguments (qu'elle qualifie de conséquentialistes²⁸⁵) qui devraient motiver les États à ratifier le PF-PIDESC. Simon rappelle, que la ratification contribuera à éclairer les obligations importantes des États en vertu du PIDESC, à faciliter la réalisation des DESC²⁸⁶, et grâce à un effet de contagion encouragera les autres États à ratifier. Simmons répond par ailleurs aux critiques qui craignent un excès de judiciarisation, en rappelant que le Comité n'est pas un tribunal, qu'il n'émet que des recommandations et non un verdict : « we are not in world of litigation but instead in the world of communication and persuasion »²⁸⁷.

D'après une étude de Simmons, la ratification du protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques a amélioré la pratique des États en ce qui a trait aux DCP.

We can conclude that there is *some* evidence that ratification of the ICCPR's Optional Protocol has made some difference in the likelihood that civil liberties will improve in the ratifying country, subject to some caveats²⁸⁸.

²⁸⁵ Beth A. Simmons, « Should States Ratify? - Process and Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 39.

²⁸⁶ Notons que Backer questionne la nécessité d'une telle ratification en critiquant les arguments de Simmon :

Spending resources on arguing and defending a particular claim of non-compliance with the Covenant may be of little help to other individuals in need and at worst become counterproductive (...)

Until international bodies and lawyers limit their allegiance to a dynamic development of conventional obligations through case law, scepticism towards new instruments may be justified. In my view, this holds true for the Optional Protocol establishing a complaints procedure under the ICESCR.

Inge Lorange Backer, « Should Norway Ratify the Optional Protocol to the ICESCR? That is the Question » (2009) 27:1 Nordic Journal of Human Rights 96.

²⁸⁷ *Ibid* à la page 71.

²⁸⁸ *Ibid* à la page 76.

Peut-on envisager un parcours similaire pour le PF-PIDESC ? Nous croyons que la présence d'un nouvel instrument de protection des DESC dans le paysage international, motivera les États soucieux de leurs crédibilités et de leurs images, à prendre les mesures nécessaires pour combler les lacunes et prendre les DESC plus au sérieux.²⁸⁹

En attendant, nous croyons que la ratification du nouveau protocole ne devrait pas effrayer les États parties. En effet beaucoup d'obstacles sont posés sur le chemin de la victime qui désire déposer une communication pour des violations présumées de ses droits fondamentaux. Ainsi le Comité pourra décider que sa communication est irrecevable parcequ'elle n'a pas épuisé les recours internes ou qu'elle n'a pas présenté sa communication dans les douze mois de l'épuisement des recours internes. Le Comité pourra rejeter la communication si elle est incompatible avec les dispositions du PIDESC, parcequ'elle est mal fondée, insuffisamment étayée ou qu'elle constitue un abus de droit. L'État partie n'aura pas non plus à se pencher sur ladite communication si le Comité décide qu'il ne ressort pas de la communication que l'auteur a subi un désavantage notable. Le Comité des DESC pourra par ailleurs rejeter la communication à l'étape de l'examen s'il détermine que les mesures prises par l'État partie sont appropriées (*l'État pouvant adopter un éventail de mesures pour mettre en œuvre les droits énoncés dans le Pacte*).

Enfin l'État ne devrait pas craindre un nombre ingérable de communications, à la lumière de l'expérience du PF-PIDCP. Comme le soulignent Scheinin et Langford :

²⁸⁹ Beth Simmon souligne d'ailleurs:

As put by Mark Malloch Brown, `` you cannot legislate good health and jobs. You need an economy strong enough to provide them'' (UNDP 2000: iii). Neither the Optional Protocol, nor the ICESCR for that matter, is a substitute for a reasonable development policy. But development also requires a government accountable for the distributional decisions it makes with a society's resources. Ratification of the optional Protocol is a modest step in that direction, and governments should be encouraged to ratify.

Ibid à la page 81.

Since 23 March 1976, when the ICCPR optional protocol came into force – a period of more than three decades – a total of 1,613 cases have been registered, which indicates that the number of total complaints in historical perspective has achieved some level of significance but remains extremely modest in comparison with the European Court of Human Rights. In terms of the decisions themselves, just over half of the cases have been decided if we exclude withdrawn cases, with 242 cases being ruled inadmissible, 125 containing a finding of no violation, while in 480 cases a violation of a right was found by the Committee.²⁹⁰

Les États parties au PIDESC devront donc démontrer le sérieux de leurs engagements internationaux à l'égard des DESC et à l'égard des droits fondamentaux en ratifiant le nouveau Protocole. La ratification du PF-PIDESC ne crée pas de nouvelles obligations pour les États, mais offre un recours utile aux victimes des violations des DESC. En ratifiant le nouveau protocole, l'État partie respectera son obligation d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le PIDESC et assurera le respect effectif des droits fondamentaux.

²⁹⁰ Scheinin Langford, *supra* note 246 à la page 108

Conclusion

En 1948, l'Assemblée générale qualifia le droit de pétition comme un "droit essentiel de l'homme"²⁹¹. Cette affirmation se trouvait dans la résolution qui donna naissance à la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁹². Le droit de pétition constituait même une des dispositions du projet de déclaration²⁹³. Cette disposition qui n'a pas vu le jour précisait:

Everyone has the right, either individually or in association with others to petition, or to communicate with the public authorities of the State of which he is a national or in which he resides, or with the United Nations.²⁹⁴

Malgré les débats, il était alors clair pour l'Assemblée générale des Nations Unies, que pour atteindre l'idéal envisagé de l'Homme libre, il fallait permettre la réalisation effective des droits fondamentaux²⁹⁵, et donc d'offrir un droit de pétition aux victimes.

²⁹¹ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 B (III), Doc Off AG NU, 3^e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 1.

²⁹² *Ibid* Partie B.

²⁹³ Le représentant français se demandait dans le cadre des débats au sujet du droit de pétition, si la Déclaration pouvait être complète sans mention de ce droit de pétition. Le représentant Cubain avait par ailleurs souligné lors des débats que : « That right had already been recognized in the statutory and constitutional law of many countries and should appear in the Declaration ».

Par contre le représentant soviétique, plus critique et probablement plus inquiet souligna:

it was in fact pointless to permit men to complain unless alleged wrongs could be redressed, which was generally done within the framework of each state. (...) he stressed the fact that it would be a violation of national sovereignty to permit individuals to petition the United Nations.

Yearbook of the United Nations 1948-49, à la page 540 en ligne :
<<http://unyearbook.un.org/unyearbook.html?name=194849index.html>>

²⁹⁴ *Ibid*

²⁹⁵ Rés 217 B (III), *supra* note 291.

Bruegel soulignait d'ailleurs en 1953 à cet égard:

Those who favoured the inclusion of provisions giving the individuals the possibility to have his complaints properly heard at the international level, were of the opinion that a Covenant, denying this basic human right would amount to an *ignis fatuus*²⁹⁶.

Mais face aux réticences, appréhensions et vacillations des États parties, ce droit fondamental a été happé et nié pendant plus de 60 ans aux victimes des violations des DESC. Malgré la contribution utile du Comité pour la protection et la réalisation des DESC, notamment dans le cadre de ses Observations générales et de ses Observations finales, les victimes des violations présumées des DESC ne pouvaient pas saisir le Comité des DESC afin d'invoquer leurs droits.

L'adoption du nouveau Protocole en 2008 était donc à bien des égards le résultat de cette vision de l'Homme libre jouissant et mettant en œuvre ses droits fondamentaux.

Comme nous l'avons constaté, ni les soubresauts de la guerre froide, ni les argumentaires quant aux soi-disant différences majeures entre la nature des DESC et des autres droits fondamentaux n'ont eu raison de cette vision unifiée des droits humains. Les argumentaires parfois simplistes ou biaisés liés à la nature des DESC, notamment leur caractère vague, imprécis, non-justiciable, leur application progressive, n'ont pu empêcher une renaissance des DESC dans les dernières décennies. L'émergence de la jurisprudence internationale, régionale et nationale que nous avons survolée, nous a démontré la possibilité d'approches novatrices pour la protection et la justiciabilité des DESC. Cette jurisprudence a déjà eu un impact non négligeable sur l'action de certains gouvernements.

²⁹⁶ J.W. Bruegel, «The Right to Petition an International Authority», (1953) 2 :4 International and Comparative Law Quarterly, 542 à la page 561.

Le nouveau protocole au PIDESC est un rappel que la protection de la dignité humaine ne peut être réduite à des ornements juridiques, ou à un répertoire des utopies, et qu'il est essentiel que les victimes puissent avoir la possibilité d'invoquer leurs droits.

Mais le défi réside comme le souligne la Haut- Commissaire Pillay «dans l'application de ces droits sur le terrain»²⁹⁷. Il continue en effet à exister un grand décalage entre les normes énoncées et la réalité que vivent des milliards d'êtres humains qui voient leurs DESC ouvertement bafoués. D'ailleurs en 2000, plus de 189 États membres des Nations-Unies s'étaient fixés les Objectifs du millénaire pour le développement²⁹⁸ : réduire l'extrême pauvreté et la faim, assurer l'éducation primaire pour tous, promouvoir l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes, réduire la mortalité infantile, améliorer la santé maternelle, combattre les VIG/SIDA, le paludisme et d'autres maladies, préserver l'environnement, mettre en place un partenariat mondial pour le développement. Ces objectifs très louables devaient être atteints en 2015, mais on est loin de pouvoir tenir les engagements pris. Le bilan -10 ans après la déclaration du millénaire- reste mitigé : «on compte 36 millions de miséreux de plus en 2005 qu'en 1990»²⁹⁹, le nombre de personnes souffrant de la faim dans le monde est passé à 873 millions en 2004-2006 pour atteindre le chiffre record de 1 milliard 20 millions en

²⁹⁷ Rés A/63/PV.65, *supra* note 2 à la page 5.

²⁹⁸ *Déclaration du Millénaire*, Rés. AG Nu 55/2, Doc off AG NU, 55e sess, supp. no 49, Doc. NU A/RES/55/2 (2000).

La déclaration du Millénaire a été qualifiée de « la plus importante promesse collective jamais faite aux populations les plus vulnérables de la planète. » .

Rapport du Secrétaire général, Doc off AG NU, 64^e sess, Doc NU A/54/665 (2010) 1 au par 5

Notons également que lesdits objectifs pouvaient également s'appliquer aux pays développés :

Bien que les objectifs du Millénaire pour le développement visent essentiellement les pays en développement, qui sont le plus durement touchés par la pauvreté, le développement humain présente aussi des failles dans les pays développés, en particulier parmi les groupes marginalisés.

Rés A/54/665, *supra* au par. 63.

²⁹⁹ *Ibid* par. 11 (En faisant abstraction de la Chine).

2009»³⁰⁰. Malgré des progrès modestes en matière de santé et d'éducation, il reste encore beaucoup à faire.³⁰¹ Il y a une urgence d'agir afin d'éviter les conséquences d'un échec: «instabilité, violence, maladies épidémiques, dégradation de l'environnement...»³⁰².

Il serait illusoire que de croire que l'entrée en vigueur du PF-PIDESC pourra freiner ces dénis de justice et constituer un rempart contre l'impunité de tous les acteurs responsables de la violation des droits fondamentaux. D'autre part il faudra être vigilant pour que le PF-PIDESC ne devienne pas, comme le soulignait David Kennedy, un outil pour les gens : *whose hearts are hard and whose political projects are repressive*. Il n'en reste pas moins que le PF-PIDESC pourra devenir une forme de résistance contre l'injustice et la misère sociale, en renforçant le système de protection des droits humains.

Nous croyons que le succès du nouveau Protocole dépendra du Comité des DESC³⁰³, mais également de la volonté des gouvernements d'agir en toute transparence pour respecter leurs obligations en vertu du PIDESC.

Les membres du Comité des DESC auront la lourde tâche de donner tout son sens au PF-PIDESC. Nous avons soulevé des faiblesses et des lacunes dans le PF-PIDESC, qui sont

³⁰⁰ *Ibid* par. 12.

³⁰¹ La résolution souligna : « Juguler les crises, notamment alimentaires, exige la mise en œuvre de mesures novatrices ».

Ibid par. 43.

³⁰² Résolution A/54/665, *supra* note 298 au par 4.

³⁰³ Arbour précisa en 2008 au groupe de travail chargé de l'élaboration du PF-PIDESC :

the success of the protocol will be judged not so much by the number of communications received and examined as by the extent to which the mechanism will serve to strengthen protection of human rights where it matters most: at the national and local levels. Experience shows that the existence of regional and international remedies provides a strong incentive for strengthening national protection mechanisms.

les résultats de compromis entre les États. Le Comité des DESC devra démontrer que les modalités du PF-PIDESC ne constitueront pas un obstacle à l'utilité du recours offert. Quant aux États, ils pourront d'ores et déjà continuer à prendre les mesures nécessaires, notamment des amendements aux législations existantes, la mise sur pied de programmes, pour s'assurer que leurs politiques soient conformes à leurs engagements internationaux à l'égard des DESC. Les États parties au PIDESC, devront par ailleurs ratifier le PF-PIDESC, en écartant les mythes et les appréhensions non fondées. En effet le nouveau protocole ne crée pas de nouvelles obligations quant aux DESC, il permettra notamment de clarifier les obligations des États. Le Comité des DESC ne se substituera nullement aux gouvernements, ni aux législateurs. Comme le précise l'ONG, ECSR-NET:

Le rôle du Comité DESC n'est pas de concevoir des programmes ni de déterminer l'allocation des ressources, mais plutôt de vérifier si l'État a respecté ses engagements en vertu du Pacte à adopter des mesures raisonnables pour mettre en œuvre les droits contenus dans le Pacte, en fonction des ressources disponibles.³⁰⁴

Nous croyons par ailleurs que pour affirmer encore plus vigoureusement l'interdépendance, l'indivisibilité, et l'indissociabilité et l'universalité des droits humains, la création d'un Tribunal international des droits humains reste nécessaire. Nous croyons que la création d'un tel tribunal contribuera à la rationalisation des mécanismes de protection des droits humains, et pourra également combler les lacunes existantes³⁰⁵.

³⁰⁴ *Pourquoi les États doivent-ils ratifier le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (3 janvier 2011) en ligne : http://www.eschr-net.org/usr_doc/Booklet_3_Jan_2011_FR-LD.pdf > à la page 7.

³⁰⁵ Comme le précise Nowak : « It would also offer the opportunity to address a number of unsolved contemporary human rights problems, such as the accountability of non-State actors ».

Nowak, *supra* note 283 à la page 259.

En attendant la naissance d'un tel tribunal, les États devront écarter toute vision étriquée de la protection des droits humains et, comme le souligne Peter Leuprecht nous devons apprendre:

(...) to look beyond our own narrow context, and expand our horizons, both historically and culturally. By doing this and tapping the sources of our shared humanity, we can progress together towards an enriched and truly universal conception and practice of human rights.³⁰⁶

Cette conception commune des droits fondamentaux et la « reconnaissance solennelle de l'unité de destin de toute l'humanité »³⁰⁷ nous permettront de réaliser la vision unifiée des droits humains.

³⁰⁶ Peter Leuprecht, *Reason –Justice-Dignity A journey to unexplored sources of our common humanity*, à la page 51 [à paraître en 2011].

Soulignons également les propos du Dalaï-lama sur l'aspiration des êtres humains : « Nous recherchons tous le bonheur et essayons tous d'éviter la souffrance, où que nous vivons et quels que puissent être notre race, notre religion, notre sexe, ou notre situation politique».

Actes du colloque organisé par le Conseil de l'Europe en collaboration avec l'Institut international *Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, Strasbourg, N.P. Engel (1990) à la page 2.

³⁰⁷ Marcelino Oreja, allocution d'ouverture, *Colloque Universalité des droits de l'homme dans un monde pluraliste*, présenté à Strasbourg, 17-19 Avril 1989 éd. N.P. Engel (1990) à la page 1.

Bibliographie

DOCTRINE :

TRAITES ET OUVRAGES GENERAUX

Akehurst, Michael Barton et Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 7th ed., London/New York, Routledge, 1997.

Aledo, Louis-Antoine. *Le droit international public*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2005.

Alland, Denis. *Les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1985.

Alvarez, Alejandro. *Le droit international nouveau : son acceptation, son étude*, Paris, A. Pedone, 1960.

Arbour, Jean-Maurice et Geneviève Parent. *Droit international public*, 5^e Édition, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

Boutros-Ghali, Boutros, *Boutros Boutros-Ghali amicorum disciplurumque liber: paix, développement, démocratie*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

Brierly, James Leslie. *The law of Nations*, Oxford, 1967.

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2008.

Brownlie, Ian. *Basic Documents on International Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1983.

Bryant, Micheal James et Lorne Mitchell, Sossin, *Public Law: an Overview of Aboriginal, Administrative, Constitutional and International Law in Canada*, Toronto, Carswell, 2002.

Cassese, Antonio. *International Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.

Castel, J.G.. *International Law*, 5th ed., Toronto, Butterwoths, 1993.

Colard, Daniel. *Droit des relations internationales : documents fondamentaux*, 2^e éd., Paris, Masson, 1988.

Colliard, C.A. et A. Manin. *Droit international et histoire diplomatique*, Paris, Montchrestien et Librairie Soliec, 1975-1979, 2 tomes et 2 suppléments

Combacau, Jean et Serge Sur. *Droit international public*, 8^e éd., Paris, Montchrestien, 2008.

Currie, John H.. *Public International Law*, Toronto, Irwin Law, 2001.

David, Erik. *Droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

Decaux, Emmanuel. *Droit international public* Paris, Dalloz, 1997.

Eisemann, P.M., et al., *Petit manuel de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice*, 4^e éd., Paris, A. Pedone, 1984.

Ert, Gibran Van. *Using International Law in Canada Courts*, The Hague, Kluwer Law International, 2002.

Falk, Robert. *The Status of Law in International Society*, Princeton, Princeton University Press, 1970.

Franck, Thomas M.. *The Power of Legitimacy Among Nations*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

Franck, Thomas M.. *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner. *The limits of International Law*, New York/Oxford, Oxford University Press, 2005.

Greig, D.W.. *International Law*, 2nd éd., London, Butterworths, 1976.

Green, L.-C.. *International Law : A Canadian Perspective*, Toronto, Carswell, 1988.

Harris, D.J.. *Cases and Materials on International Law*, 4th éd., London, Sweet and Maxwell, 1986.

Henkin, Louis. *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, 2nd éd., New York, Council on Foreign Relations, 1979.

Held, David. *Democracy and the Global Order : from Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.

Hershey, Amos Shartle. *The Essentials of International Public Law and Organisation*, New York, Macmillan, 2007.

Jahn, Beate *Classical Theory in International Relations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Jackson, Robert H. et Georg Sorensen. *Introduction to International Relations: Theories and Approaches*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2003.

Kelsen, Hans. *Principles of International Law*, New York, 1966.

Keohane, Robert Owen. *International Institutions and State Power: Essays in International Relations Theory*, Boulder, Westview Press, 1989.

Kindred, H.M., et al., *International Law Chiefly as Interpreted and Applied in Canada*, 4th ed., Toronto, Edmond Montgomery, 1987.

Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument (Reissue with New Epilogue)*, Cambridge : Cambridge University Press, 2005.

Koskenniemi, Martti. *La Politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007.

Koskenniemi, Martti. *Sources in International Law*, Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000.

Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: the Rise and Fall of International Law, 1870- 1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Lauterpacht, Hersch. dir, *International Law Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970-1980, 4 volumes.

Lauterpacht, Hersch. *International Law: a Treatise by L. Oppenheim*, 8th ed., London, Longmans, 1955, 2 vol.

Morin, Jacques-Yvan, Francis Rigaldis et Daniel Turp. *Droit international Public : notes et documents*, Tome II - Documents d'intérêt canadien et québécois, Montréal, Thémis, 1997.

Murphy, Sean D.. *United States Practice in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Nguyen, Quoc Dinh , Patrick Dallier et Alain Pellet, A., *Droit international public*, 6e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

Nussbaum, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*, rev. ed., New York, Macmillan, 1962.

O'Connel, D. P.. *International Law*, 2nd ed., London, Stevens & Sons, 1970, 2 vol.

Oppenheim, L.. *International Law : A Treatise*, 8th ed., Toronto, Longmans, 1961, 2 vol.

Paul T.V., Jonh A. Hall. *International Order and the Future of World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Pellet, Alain, Mathias Forteau et Patrick Daillier. *Droit international public*, 8^e édition, Paris, LGDJ, 2009.

Pinto, R.. *Le droit des relations internationales*, Paris, Payot, 1972.

Reuter, Paul. *Droit international public*, 6^e Éd., Paris, PUF, 1983.

Reuter, Paul et A. Gros. *Traités et documents diplomatiques*, 5^e éd., Paris, Puf, 1982.

Reuter, Paul et Jean Combacau. *Institutions et relations internationales*, 4^e éd., Paris, Puf, 1988.

Roche, C. et A. Potot-Nicol. *L'essentiel du droit international public et du droit des relations internationales*, 2^e éd., Paris, Gualino, 2003.

Rousseau, Charles. *Droit international public*, 11^e éd., Paris, Dalloz, 1987.

Ruzié, D. *Droit international public*, 12^e éd., Paris, Dalloz, 1996.

Schachter, Oscar. *International Law in Theory & Prattice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

Schaffer, Ellen G et Randall J. Snyder. *Contemporary Practice of Public International Law*, Dobbs Ferry, Oceana, 1997.

Schoenbaum, Thomas J.. *International Relations: the Path not Taken: Using International Law to Promote World Peace and Security*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

Schwarzenberger, Georg. *A Manual in International Law*, Stevens, 1976.

Taylor, Hanis. *A Treatise on Public International Law*, Chicago, Callagan & Company, 1901.

Vellas, P.. *Droit international public*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1970.

Verzijl, Jan Hendrick Willem. *International Law in Historical Perspective*, Sijthoff, 1968-1992, 11 vol.

DOCTRINE : MONOGRAPHS

- Anghie, A. *Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law* Cambridge, Cambridge University Press, 2004.
- Arambulo, K. *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: Theoretical and Procedural Aspects*, Anvers, Intersentia Hart, 1999.
- Craven, M.. *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights: A perspective on its development*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- Chomsky, N. *Profit over people: neoliberalism and Globe Order*, New York : Seven Stories Press, 1999.
- Eide A., Krausse C. et Rosas A.. *Economic, Social and Cultural Rights: A Text Book*, 2ème éd, The Hague, Kluwer Law International, 2001.
- Fellous, G.. *Les droits de l'homme une universalité menacée*, Paris, La documentation française, 2010.
- Ganji, M. *Mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels, problèmes, politiques, progrès*, New York, Nations Unies, 1975.
- Hanski R., Scheinin M.. *Leading Cases of the Human Rights Committee*, Åbo, Åbo Akademi University, 2003.
- Joseph S., Schultz J. et Castan M.. *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- Kälin W. et Künzli J.. *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Koch, I.E. *Human Rights as Indivisible Rights : the Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention on Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009.
- Kennedy, David. *Nouvelles approches sur le droit international*, Paris, Ed. Pédone, 2009.
- Lamarche, Lucie. *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Leuprecht, Peter. *Reason –Justice-Dignity A journey to unexplored sources of our common humanity*, à la page 51 [à paraître en 2011].

McGoldrick D.. *The Human Rights Committee: its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

Montes-Wolf, M. *Les droits économiques, sociaux et culturels (DESC) : exigences de la société civile, responsabilité de l'État*, Paris, Karthala, 2003.

Nowak M.. *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR commentary*, 2ème éd., Kehl, Engel, 2005.

Said Edward. *Culture and Imperialism*, New York, Knopft, 1993.

Said Edward. *Orientalism*, New York, Pantheon Books, 1978.

Sepúlveda Carmona, M.M., *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*, Anvers, Intersentia, 2003.

Shelton D. *Remedies in international human rights law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Sodini, R. *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, Paris, Montchrestien, 2000.

Squires, J. *The Road to a Remedy: Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, Australian Human Rights Centre, 2005.

Steiner, H. J., Alston P. et R. Goodman. *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

Tolley H. *The UN Commission on Human Rights*, Boulder (Col.), Westview Press, 1987.

Trebilcock T et R. Howse. *The Regulation of International Trade*, 3e éd, New York, Martinus Nijhoff, 1999.

Wirght, S., *International Human Rights, Decolonisation, Globalisation: Becoming Human*, London, Routledge, 2001.

DOCTRINE : OUVRAGES COLLECTIFS

Baylis, John et Steve Smith, dir, *The Globalization of World Politics: an Introduction to International Relations*, 3rd ed., Oxford, Oxford University Press, 2005.

Bosset, Pierre et Lucie Lamarche dir, *Donner droit de cité aux droits économiques, sociaux et culturels: la Charte québécoise en chantier*, à paraître aux Éditions Yvon Blais [à paraître en 2011].

Chaskalson, Matthew et al. dir, *Constitutional Law of South Africa*, Cape Town, Juta, 1996.

Langford, Malcolm dir, *Social Rights Jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, New York, Cambridge University Press, 2008.

Squires, John, Malcolm Langford et Bret Thiele dir, *The Road to A Remedy : Current Issues in the Litigation of Economic, Social and Cultural Rights*, Sydney, UNSW Press, 2005.

DOCTRINE : ARTICLES

Abtahi, H. « Reflection on the Ambiguous Universality of Human Rights: Cyrus the Great's Proclamation as a Challenge to the Athenian Democracy's Perceived Monopoly on Human Rights » (2008) 36:1 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 55

Agbakwa S. C.. « Reclaiming Humanity: Economic, Social, and Cultural Rights as the Cornerstone of African Human Rights » (2002) 5 Yale Human Rts. & Dev. L.J. 178

Alston P. « Out of the Abyss: The Challenges Confronting the New UN Committee on ESCR » (1987) 9 Hum Rts Q 332

Alston P., Quinn, G. « The Nature and Scope of States Parties' Obligations under the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights », (1987) 3 Hum.Rts.Q. 156

Anghie, A. « Civilization and Commerce: The Concept of Governance in Historical Perspective » (2000) 45 Vill.L.Rev 887

Arambulo, K. « Drafting an optional to the ICESR: Can an Ideal Became Reality » (1996) 2 University of California Davis Journal of International Law & policy 111

Bahdi, R. « Litigating Social and Economic Rights in Canada in Light of International Human Rights Law: What Difference Can It Make? », (2002) 14 C.J.W.L. 158

Baker, L. I. « Ideals and Implementations- Ratifying another Complaint Procedure? » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 91

Bossuyt, M. « La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels. » (1975) 8 Revue des droits de l'Homme 783

Bruegel, J.W. «The Right to Petition an International Authority», (1953) 2 :4 International and Comparative Law Quarterly, 542

Byrnes, A. «Second-Class Rights Yet Again? Economic Social and Cultural Rights in the Report of the National Human Rights Consultation» (2010), 33 University of New South Wales Law Journal 193

Cerna, C.M. « Universality of Human Rights and cultural Diversity: Implementation of Human Rights in Different Socio-Cultural Contexts», (1994) 16 :4 Hum Rts Q 740

Chapman, A.R. « “Violations Approach” for Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights» (1996) 18.1 Hum Rts Q 23

Courts, C. et Sepulveda, M. « Are Extra-Territorial Obligations Reviewable Under the Optional Protocol to the ICESCR » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 54

Courtis, C. et Sepulveda M. «Are Extra-Territorial Obligations Reviewable Under The Optional Protocol to the ICESCR? » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 54

De Schutter, O. « Le Protocole facultatif au Pacte International relatif aux droits, économiques, sociaux et culturels» (2006) 1 R.B.D.I. 7

Dennis, M.J. et Stewart D.P. «Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights: Should There be an International Complaints Mechanism to Adjudicate the Rights to Food, Water, Housing and Health » (2004) 98 A.J.I.L. 462

Dhommeaux, J. « La Contribution du Comité des droits économiques, sociaux, et culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques sociaux et culturels » (1994) 40 AFDI 633

Duhaime, B. « Le système interaméricain et la protection des droits économiques, sociaux et culturels des personnes et des groupes vivant dans des conditions particulières de vulnérabilité », (2006) 44 ACDI 95

Feria, M.T. « Justiciability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter-American System of Protection of Human Rights: Beyond Traditional Paradigms and Notions», (2007) 29.2 Hum. Rts. Q. 431

Ferraz , O. L. M. « Moving Beyond Rhetoric: A Critical Analysis of the Indivisibility of Human Rights » (2008) University of Warwick 1

Helfer, L. R. « Overlegalizing Human Rights: International Relations Theory and the Commonwealth Caribbean Backlash against Human Rights Regimes» (2002) 102 *Columb. L. R.* 1832

Kristin Henrard, « Introduction: The Justiciability of ESC Rights and the Interdependence of All Fundamental Rights », (2009) 2: 4 *Erasmus Law Review* 373

Jhabvala, F. «The Soviet-Bloc's View of the Implementation of Human Rights Accords » (1985) 7(4) *Hum. Rts. Q.* 461

Langa, P. « Taking Dignity Seriously-Judicial Reflections on the Optional Protocol to the ICESCR » (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights* 29

Langfold, M. « Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2009) 27 *Nordic Journal of Human Rights* 1

Leckie, S. « Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights », (1998) 20 *Hum Rts Q* 81

LI X. « Asia Values and the Universality of Human Rights », (1999) 102:1 *Business and Society Review* 103

Lyon, B. « Discourse in Development: A Post-Colonial Theory 'Agenda' for the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights» (2002) 10 *Journal of Gender, Social Policy and the Law* 1

Mahon, C. « Progress at the Front: the draft Option Protocol of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2008) 8:4 *Human Rights Law Review* 617

Mapulanga-Hulston, J.K. « Examining the Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights » (2002) 6:4 *Int'l JHR* 29 à la page 37

Mutua, M.W. « Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement » (1998) 4 *Buff HRL Rev* 211

Mutua, M.W. « Savages, Victimes, and Saviors : The Metaphor of Human Rights » (2001) 42 *Harv Intl'l LJ* 201

Melish, T. « Rethinking the “Less As more” Thesis: Supranational litigation of Economic, social and cultural rights in the Americas » *Forthcoming* 39 *N.Y.U. J. Int'l L. & POL.* 1

Nowak, M. « The Need for a World Court of Human Rights », (2007) 7 Human Rights Law Review 259

Nickel, J. « Rethinking Indivisibility: Towards A Theory of Supporting Relations between Human Rights », (2008) 30 Hum Rts Q 984

Ngugi, J. « Making New Wine for Old Wineskins: Can the Reform of International Law Emancipate the Third World in the Age of Globalization » (2002) 8 U.C. Davis J. Int'l L. & Poly 73

Pahuja, S. « The Postcoloniality of International Law » (2005) 46 Harv Int'l LJ 459

Porter, B. « The Right to be Heard: The Option protocol to the ICESR what at Stake » (2005) 11 (3) Hum Rts Trib 1

Porter, B. « The Reasonableness of Article 8(4): Adjudicating Claims From the Margins » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 39

Roth, K. « Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization » (2004) 26 Hum Rts Q 63

Sachs, A. « Social and Economic Rights: Can they be Made Justiciable? » (2000) 53 SMUL Rev. 1381

Scheinin, M., Langford M. « Evolution or Revolution? Extrapolating from the Experience of the Human Rights Committee » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 97

Skouteris, T. « Fin de NAIL: “ New Approches to International Law and its Impact on Contemporary International Legal Scholarship » (1997) Leiden J Int'l L 10 : 514

Sheinin, M. « The Proposed Optional Protocol to the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Blueprint for UN Human Rights Treaty Reform-Without Amending the Existing Treaties » (2006) 6 Human Rights Law Review 131

Stark, B. «Economic Rights in the United States and International Human Rights Law: Toward an "Entirely New Strategy"» (1992) 44 Hastings LJ 81

Simmons, B. A. « Should States Ratify? - Process and Consequences of the Optional Protocol to the ICESCR » (2009) 27 Nordic Journal of Human Rights 39

Vandenbogaerde A., Vandenhoe W., « The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An *Ex Ante* Assessment of its Effectiveness in Light of the Drafting Process » (2010) 10:2 Human Rights Law Review 207

Vandennhole, W. «Completing the UN Complaint Mechanisms for Human Rights Violations Step by Step: Towards a complaints Procedure to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2003) 21 Neth QHR 423

Vierdag E. «The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights», (1978) 9 Netherlands Yearbook of International Law 69

Whelan, D. J. Donnelly Jack, «The West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight», (2007) 29 Hum Rts Q 908

Yamon, A.E. « Protecting Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System: A Manual for Presenting Claims » (2003) 24:4 Hum Rts Q 1154

D) CONFÉRENCE :

Louise Arbour, « Libérer du besoin : de la charité à la justice », Conférence Lafontaine-Baldwin, Québec 3 mars 2005 (non publiée). Transcription disponible en ligne : http://parolecitoyenne.org/extraits/media/lecture_arbour_fr.pdf.

E) INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

i) TRAITES INTERNATIONAUX

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, RT Can 1945 n 7

Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, 1155 R.T.N.U. 354 (entrée en vigueur 27 janvier 1980)

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171, art.9-14 (entrée en vigueur : 23 mars 1976)

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 171 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976)

Premier protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 216

Deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, 15 décembre 1989, 1642 R.T.N.U. 414, (entré en vigueur : le 11 juillet 1991)

Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, 6 octobre 1991, 2131 R.T.N.U 83, (entré en vigueur : 22 décembre 2000)

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'Enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, Rés AG 54/263, Doc off AG NU 54^{ème} sess, Doc NU A/54/263 (2000) 2

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant , concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, Rés AG 54/263, Doc off AG NU 54^{ème} sess, Doc NU A/54/263 (2000) 7

Protocole facultatif à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, Rés AG 57/99, Doc off AG NU, 57^{ème} sess, Doc NU A/57/99 (2003) 2

Protocole facultatif à la Convention relative aux droits des personnes handicapées, Rés AG 61/106, Doc off AG NU, 61^{ème} sess, Doc NU A/61/106 (2007) 27

Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Doc Off AG NU, Doc NU A/RES/63/117, 10 décembre 2008

ii) DOCUMENTS ÉMANANT DES NATIONS UNIES

Déclaration Universelle des droits de l'Homme, Rés AG 217(III), Dc Off AG NU, 3 e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71

Déclaration de Vienne et programme d'action, Doc NU A/CONF.157/23, 1993

Déclaration du Millénaire, Rés. AG Nu 55/2, Doc off AG NU, 55e sess, supp. no 49, Doc. NU A/RES/55/2 (2000)

Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, UN Doc E /CN.4/1987/17

Proclamation de Téhéran, Doc NU A/Conf ./32/41, (1968)

Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Doc off CDESC NU, 33^e sess, Doc NU E/C.12/CAN/CO/4 E/C.12/CAN/CO/5, (2006) 1 par. 11 (a)

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Doc off CES NU, 2004, Doc NU E/CN.4/2004/44

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, sur les travaux de sa deuxième session, Doc off CES NU, 2005, Doc NU E/CN.4/2005/52

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner les options en ce qui concerne l'élaboration d'un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Doc off CES NU, 2006, Doc NU E/CN.4/2006/47

Rapport du Groupe de travail à composition non limitée sur un protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels sur les travaux de sa cinquième session, Doc Off CDH NU, 8^e sess, DOC NU A/HRC/8/7 (2008)

Realization of Economic, Social and Cultural Rights : Final report submitted by Mr. Danilo Türk Special Rapporteur, Doc off CES NU, 44^e sess, Doc NU E/CN.4/Sub.2/1992/16 (1992)

Rédaction de deux projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, Doc. Off. AG NU, Doc. NU 543 (VI), (1952)

JURISPRUDENCE

i) Jurisprudence nationale

Afrique du Sud:

Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others (2000), 11 B.Const.L.R. 1169 (S.Africa. Const.Ct.)

Mazibuko and Others v. City of Johannesburg and Others (2009) 3 B.Const.L.R. 239 (S.Africa.

Const.Ct.)

Minister of Health and Others v. Treatment Action Campaign and Others (2002) 10 B.Const.L.R. 1033 (S.Africa.Const.Ct.)

Inde:

Francis Coralie Mullin v The Administrator, Union Territory of Delhi (1981) 2 SCR 516.

Paschim Banga Khet Majoor Samity v State of West Bengal (1996) 4 SCC 37.

Shantistar Builders v Narayan Khimalal Totame, Civil Appeal No. 2598/1989. (1990) 1 SCC 520

State Of Karnataka v Appa Balu Ingale And Others on 1/12/1992 1993 SC 1126, 1993 (1) ALT Cri 390, 1993

Unni Krishnan J.P. & Ors. V State of Andhra Pradesh & Ors. 1993 AIR 217, 1993 SCR (1) 594,

ii) Jurisprudence régionale

Cour européenne des Droits de l'Homme

Airey c. Irlande (1979), 32 C.E.D.H. (Série A), 2 E.H.R.R. 305

Comité européen des Droits sociaux

Autisme Europe c. France, 4 novembre 2003, réclamation no 13/2002

Centre de Défense des Droits des Personnes Handicapées Mentales (MDAC) c. Bulgarie, 3 juin 2008, Réclamation n°41/2007

European Federation of National Organisations Working with the Homeless (FEANTSA) c. France, 5 décembre 2007, réclamation 39/2006

European Roma Rights Centre c. Grèce, 8 décembre 2004, réclamation No. 15/2003

Cour interaméricaine des droits de l'Homme

Cinco Pensionaris (Pérou) (2003), Inter-Am. Ct. H.R (Sér. C) No. 98

Indigenous Community Yakye Axa (Paraguay) (2005) Inter-Am.Ct. H.R. (Sér. C) no. 125

Jean and Bosico Children (République Dominicaine) (2005) Inter-Am.Ct. H.R. (Sér. C) no. 130

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community (Nicaragua) (2001) Inter-Am.Ct. H.R. (Sér. C) no. 79

Commission interaméricaine des droits de l'Homme

Milton Garcia Fajardo c Nicaragua (2001), Inter-Am. Comm. H.R. No. 11.381, *Annual report of the Inter-American Commission on Human Rights : 2001*, OEA/Ser./L/V/II.114/Doc.

Jesus Manuel Naranjo Cardena y otros c Venezuela (2004), No. 70/04, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.122 Doc. 5 rev. 1 en 590

iii) JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

Comité des droits de l'Homme

Adam c. République Tchèque, 23 juillet 1996, CCPR/C/57/D/586/1994 (1996)

Broeks c. Pays-Bas, , 9 avril 1987, CCPR/C/29/D/172/1984

Brown c. Jamaïque, 23 mars 1999, CCPR/C/65/D/775/1997

Gueye c. France, 6 Avril 1989, CCPR/C/35/D/196/1985;

Länsman c. Finlande, 8 novembre 1994, CCPR/C/52/D/511/1992

Lewis c. Jamaïque, 18 juillet 1996, CCPR/C/57/D/527/1993

Lovelace c. Canada, 30 juillet 1981, CCPR/C/13/D/24/1977

Pohl et al. c. Autriche, 23 août 2004, CCPR/C/81/D/1160/2003

Roberts c. Barbade, 19 juillet 1994, CCPR/C/51/D/504/1992

Saldias de Lopez c. Uruguay, 29 juillet 1981, CCPR/C/OP/1

Sankara et al. c. Burkina Faso, 11 avril 2006, CCPR/C/86/D/1159/2003

Simunek et al. c. République Tchèque, 12 juillet 2001, CCPR/C/72/D/857/1999

Somers c. Hungary, 23 juillet 1996 CCPR/C/53/D/566/1993

Waldman c. Canada, 5 novembre 1999, CCPR/C//D/694/1996

Zwaan-de Vries c. The Netherlands, 9 avril 1987, CCPR/C/OP/2 at 209

Comité contre la Torture

Cecilia Rosana Núñez Chipana c. Venezuela, 10 Novembre 1998, CAT/C/21/D/110/1998

Cour Internationale de Justice

Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, Avis Consultatif, [2004] C.I.J. Rec. 226

AUTRES SOURCES :**Organisations non gouvernementales**

Amnesty International :	amnesty.org
Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE):	cohre.org
Fédération international des ligues des droits de l'Homme :	figh.org
FoodFirst Information and Action Network:	fian.org
Platforma interamericana de derechos humanos, democracia Y desarrollo :	pidhdd.org
Réseau international pour les droits économiques, sociaux et culturels (ESCR-Net) :	escr-net.org